Eric Voegelin

A NATUREZA DO DIREITO

E OUTROS TEXTOS JURÍDICOS

Prefácio de José Adelino Maltez

Direito e Ciência Jurídica

A NATUREZA DO DIREITO

ISBN 972-609-579-5

Eric Voegelin (n. 3/1/1901 — m.
/1/1985) foi um dos filósofos mais ori-
nais e influentes do nosso tempo.
asceu em Colónia, na Alemanha, e estu-
ou na Universidade de Viena, onde se
rnou professor de ciência política na
aculdade de Direito. Em 1938, ele e a
a esposa, fugindo de Hitler, emigraram
ara os Estados Unidos. Tornaram-se
mbos cidadãos norte-americanos em
944.

Voegelin fez a maior parte da sua car-
reira na Universidade Estadual da
Luisiana, na Universidade de Munique e
na Instituição Hoover da Universidade de
Stanford. Durante a sua vida, publicou
muitos livros e mais de uma centena de
artigos.

No decurso das suas reflexões vitalí-
cias e extensas sobre a história e a
filosofia, Voegelin foi naturalmente leva-
do a especular sobre a natureza do direito.
Este volume é composto por muitos dos
textos voegelinianos acerca desta área do
conhecimento, mais especialmente pelo
antes inédito *A natureza do direito*.

Voegelin completou *A natureza do
direito* em 1957 quando era docente da
Faculdade de Ciência Política da
Universidade Estadual da Luisiana e lec-
cionava um curso de introdução ao direito
na Faculdade de Direito da mesma
Universidade.

COLECÇÃO VEGA UNIVERSIDADE

Secção: Direito e Ciência Jurídica

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II (3.ª ed.)
(Acção Executiva)
José Lebre de Freitas

O ERRO NO CÓDIGO PENAL
José Albino Caetano Duarte

PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DE DIREITO PENAL
Claus Roxin

TEMAS LABORAIS
António Garcia Pereira

ESTADO DE SÍTIO E DE EMERGÊNCIA EM DEMOCRACIA
António Damasceno Correia

CÓDIGO DO PROCESSO DE TRABALHO
Legislação Complementar
António Garcia Pereira

O DIREITO À OBJECÇÃO DE CONSCIÊNCIA
António Damasceno Correia

CÓDIGO PENAL
Nova Legislação
Prefácio de António Damasceno Correia

CONTRATO DE SERVIÇO DOMÉSTICO
Carlos Alegre

A PUBLICIDADE E A LEI
Pedro Quartin Graça Simão José

ERIC VOEGELIN

Horácio Lopes M. Neiva

A NATUREZA DO DIREITO E OUTROS TEXTOS JURÍDICOS

A NATUREZA DO DIREITO
E OUTROS TEXTOS JURÍDICOS
Autor: Eric Voegelin
Colecção: Véga/Universidade
Secção: Direito e Ciência Jurídica

Edito[illegible] [illegible] Bacelar
Capa: Luís EME
Revisão: Alice Araújo
Fotocomposição, Fotolitos e Montagem:
Corsino & Neto – Gabinete de Fotocomposição, Lda.
ISBN: 972-699-579-5
Depósito Legal: 120811/98
Impressão e Acabamento: Gráfica Trevo

ERIC VOEGELIN

A NATUREZA DO DIREITO

E OUTROS TEXTOS JURÍDICOS

Prefácio de
José Adelino Maltez

Tradução de
Fernando Virgílio Ferreira

vega

PREFÁCIO
DA EDIÇÃO PORTUGUESA

VOEGELIN E A PROCURA DO DIREITO NATURAL

por *José Adelino Maltez* [1]

Foi em 1991, seis anos depois da morte de Eric Voegelin (1901-1985), que a equipa coordenadora da edição das respectivas obras completas, no vigésimo sétimo volume da colecção editada pela *Louisiana State University*, compilou os principais escritos sobre teoria e filosofia do direito daquele que, sendo licenciado em direito, também começou a sua vida docente como colaborador de um dos maiores juristas do século XX, Hans Kelsen. Cerca de sete anos depois, surge agora a edição

(1) Licenciado em Direito pela Universidade de Coimbra (1974), Doutor em Ciência Política pela Universidade Técnica de Lisboa — ISCSP, Professor Associado com Agregação do grupo de Ciência Política do ISCSP, e Professor Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde é regente das disciplinas de Filosofia do Direito e de História do Pensamento Jurídico.

portuguesa de tal obra. Continua-se, assim, o recente ciclo de recepção no universo cultural português dos mais significativos fragmentos desse pensador germano-americano que, entre nós, começou a ser conhecido como politólogo, nos anos oitenta, através da circulação da versão brasileira de *The New Science of Politics*, publicada em 1952, para depois, já nos anos noventa, ser recebido como filósofo e historiador das ideias, principalmente com os trabalhos do *voegeliniano* português Professor Doutor Mendo Castro Henriques.

Cabe-me agora a honra de prefaciar os principais textos jusfilosóficos de Voegelin, com destaque para o ensaio *The Nature of the Law*, elaborado em 1957, que constituiu a base da leccionação de um curso de introdução ao direito que regeu na Faculdade de Direito da Luisiana, de 1954 a 1957, considerado pelo próprio como edição temporária, destinada exclusivamente aos alunos inscritos. Um texto, aliás, bastante marcado pelos modelos de *Order and History*, de 1956-1957.

Sem poder assumir a dimensão de *voegeliniano* e sem até circular pelos grupos de pensamento especializado na hermenêutica de tal mestre, julgo que ele constitui, sem dúvida, uma das referências fundamentais do universo contemporâneo das ideias. Principalmente por ser um insigne representante da íntima ligação entre o pensamento europeu e o pensamento norte-americano do pós-guerra, à semelhança de outros gigantes, como Leo Strauss, Carl Friedrich e Hannah Arendt, que a euforia genocida das perseguições hitlerianas obrigou a uma travessia do Atlântico. Uma geração que manteve, nesse Novo Mundo, a arca dos segredos teóricos da liberdade europeia e ocidental, daquilo que o mesmo Voegelin considerou como *a ciência clássica e cristã do homem*, onde o fundo ateniense, platónico e aristotélico, reanimado pelo estoicismo romano e pelo vigor espiritual judaico-cristão, produziu aquele humanismo activista que ousou sempre *nascer de novo*, *refazendo as sucessivas renascenças* e promovendo aquelas

regenerações que sempre visaram *regressar para seguir em frente* (2).

Falamos evidentemente daquelas correntes contrárias à modernidade do cientismo, iluminista ou positivista, que alguns alcunham de conservadoras, e que o não deixam de ser, se as entendermos como conservadoras do que *deve ser*, isto é, dos princípios, mas que, contudo, se manifestam como irreverentemente inconformistas, quando não insolentes, face ao situacionismo mental da modernidade, que apenas pretende conservar o que está. Aliás, a comunidade instalada nas terras norte-americanas, fiel ao acto fundacional da respectiva *res publica*, sempre constituiu uma espécie de refúgio para todos os que, peregrinando pelas origens, conservam a fidelidade ao princípio da continuidade histórica das instituições políticas, tendo até transformado a independência norte-americana naquela *revolução evitada* que permitiu o transporte do consensualismo anti-absolutista, tardo-medieval e renascentista, para os nossos dias.

As teses de Voegelin sobre o direito inserem-se, sem dúvida, naquele grandioso movimento de regresso ao direito natural e à teoria da natureza das coisas que, depois do holocausto nazi e do terrorismo estalinista, nos obrigou à reperegrinação em torno da dignidade da pessoa humana.

Voegelin, natural de Colónia, foi estudante de direito em Viena e, candidatando-se a docente na Faculdade de Direito que o formara, elaborou, em 1922, uma dissertação em que teve como um dos orientadores o referido Hans Kelsen. Mas, cinco anos depois, quando contava vinte e seis anos de idade, já esboçava uma crítica de fundo ao seu mestre, repudiando o

---

(2) Voegelin saiu de Viena para os Estados Unidos da América em 1938, dois anos depois de ter publicado *Der Autoritäre Staat*, com que havia alcançado a categoria de professor associado. Em 1944 tornou-se cidadão norte-americano, estacionando principalmente na Universidade Estadual da Luisiana, a partir de 1942, depois de experiências em Harvard e no Alabama. Em 1958 voltou à Alemanha, para assumir a direcção do Instituto de Ciência Política da Universidade de Munique.

excessivo logicismo das bases metodológicas da *teoria pura do direito*, marcada pela *Normlogik* da Escola de Marburgo, segundo as quais uma ciência do direito que não obedecesse às categorias formais do *a priori* da *razão pura* kantiana não poderia atingir a dimensão autenticamente científica ([3]). Contudo, não seguia as sendas também neo-kantianas, mas afinadas pela *razão prática*, da Escola de Baden, marcada pela filosofia dos valores, modelo que vai inspirar alguns dos principais pensadores do direito do mundo lusíada, como Luís Cabral de Moncada e Miguel Reale. Se se distanciava do conceito de valores assumido por Heinrich Rickert, não deixava, contudo, de conciliar-se com a perspectiva do institucionalismo do francês Maurice Hauriou, aceitando deste, principalmente, a ideia de representação, tópico a partir do qual vivenciava a sua fé democrática.

Ao contrário de alguns mitos de certa concepção cientificista da modernidade, Voegelin propõe, tanto para o direito como para a politologia, um modelo neoclássico de *ciência de princípios*, isto é, o regresso à autêntica reflexão teórica que nunca significou uma separação da *praxis*.

Primeiro, porque não é possível que se atinja o nível da teoria sem que se parta de uma base empírica. Segundo, porque não há teoria sem experiência.

Acontece apenas que tanto a base empírica como o modelo de experiência nada têm a ver com os postulados das *regras do método* da chamada modernidade, pós-cartesiana e positivista, correntes que, transformando aquilo que sempre deveria ser entendido como *caminho* (a noção etimológica de método) num

---

([3]) Em 1927, Voegelin fazia uma recensão à *Allgemeine Staatslehre* de Kelsen, publicada em 1925, em que se lançavam as bases de uma *teoria pura do direito*, considerando-a como herdeira do movimento da *teoria geral do Estado*, onde se destacou Georg Jellinek, que, entusiasmado pela construção prussiana, por esse *espectáculo de um novo corpo de direito a ser criado*, considerava os aderentes ao direito natural como *desgraça social*.

fim, usurparam a perspectiva da *razão*, recobrindo, com os nomes de *racionalismo* e de *cientismo*, uma ideologia que nunca coincidiu com os autênticos conceitos de *razão* e de *ciência*. Isto é, inverteram a natureza das coisas, esquecendo-se dos fins pela absolutização dos meios e não lembrando que a verdadeira ciência sempre foi entendida como o consenso daqueles que pensam de forma racional e justa no sentido da superação da opinião pelo conhecimento.

Acontece que, segundo Voegelin, a verdadeira teoria, como explicação de certas experiências, só é inteligível para aqueles que, tendo atingido a maturidade (o *spoudaios* de Aristóteles), conseguem reproduzir imaginativamente as experiências que a teoria procura apreender, isto é, para aqueles em que se despertem experiências paralelas como base empírica que sirva para testar a base da teoria. Porque a razão, enquanto *logos*, não se reduz ao intelectualismo e ao voluntarismo, exigindo também imaginação. Porque o verdadeiro homem de razão, aquele que procura a *recta ratio*, não pode excluir o *animal simbólico*, essa zona fundacional do homem onde têm de harmonizar-se todas as potências da alma, da razão e da vontade à própria imaginação.

A modernidade transformou a teoria numa escrava do método, levando a que os meios passassem a ser superiores aos fins e gerando aquelas rupturas epistemológicas que conduziram aos extremos do materialismo e do idealismo, perspectivados como contrários. Como se a natureza das coisas em sentido clássico não exigisse uma espécie de transcendente situado, dado que no imanente está o transcendente, porque *só por dentro das coisas é que as coisas realmente são*. Esse desespero gnoseológico, que transformou a dialéctica numa luta de contrários, esqueceu a possibilidade de uma dialéctica de distintos, passível de circularidade e de harmonia. Esse exacerbado absolutismo provocou o dualismo do bem e do mal, cada qual situado em lugares conflituantes, como se as coisas más não tivessem muitos pedaços de bem e as coisas boas, fragmentos de mal.

Marcado por outra postura, Voegelin considera que as ideias não têm história, quase coincidindo com a perspectiva de Arnold Toynbee, para quem existiria uma contemporaneidade filosófica de todas as civilizações. Neste sentido, a sua aposta num regresso às origens platónicas, aristotélicas e tomistas do pensamento ocidental, nada tem de retroacção reaccionária contra a modernidade, significando, pelo contrário, um seguir em frente, de acordo com o sentido regenerador daquilo que Fernando Pessoa metaforizou como o *ter saudades do futuro*.

Nem sequer pode confundir-se com a recente moda da *pós--modernidade* em que alguns adeptos tardios do mesmo dogmatismo cientificista se mostram *arrependidos* sem, no entanto, recusarem o essencial da metodologia anterior, dado temerem a força profunda do *antimoderno* de matriz clássica ou tomista.

Assim, Voegelin defende que a *racionalidade plena dos meios depende da racionalidade do fim*, exigindo que a ciência do direito se integre numa *ciência do bem maior*, isto é, da felicidade. É que a modernidade, tal como explodiu nos contemporâneos séculos XIX e XX, mais não foi do que um secularismo, que ousou *fechar a alma ao transcendente* e desintegrar a própria filosofia, gerando-se o mito desenvolvimentista de progresso, filho das ideias de processo histórico, que negou a possibilidade de crescermos *para cima* e *para dentro*, como propunha Teilhard de Chardin. Uma ruptura que teria sido produzida quando o homem, ao decepar-se do Mundo e, consequentemente, de Deus, encheu de sombras e de vazio a sua interioridade, impedindo que ele acedesse à teoria, de acordo com aquele *ensimesmamento* de que falava Ortega y Gasset, e que não vivesse a experiência imaginativamente, esse camoniano *vale mais experimentá-lo que julgá-lo*, mas situado numa Ilha dos Amores, onde também se admite o *julgue-o quem não puder experimentá-lo*.

De qualquer maneira, o direito e a sociedade reflectem as concepções do mundo e da vida dominantes. Em civilizações

cosmológicas, a ordem aparece como um *microcosmos*, enquanto em civilizações antropológicas nos surge como um homem em ponto grande, um *macroanthropos*. A ruptura deu-se quando, na sociedade ocidental, deixou de existir um equilíbrio entre a *razão* e a *revelação*, como fontes autorizadas de ordem, situação provocada pelo ambiente cultural anti-religioso e anti-filosófico. Uma ruptura que atingiu o seu clímax nos totalitarismos contemporâneos, *por causa da ascensão de movimentos doutrinais gnósticos que tentaram a ordenação da sociedade pela fusão da autoridade normativa com a autoridade do poder.*

É nesta zona que Voegelin faz entrar o problema do direito, enquanto ordem normativa, do direito entendido como aquela representação da realidade que faz exigências à própria realidade. Essa ordem normativa, irmã das ordens normativas da religião, da política e da moral, e até da própria economia, quando esta procura a espontaneidade do *kosmos*, como notou Friedrich August von Hayek. Essa ordem normativa que expressa a tensão entre a ordem empírica, isto é, a ordem social existente, e uma outra ordem superior, a *ordem substantiva*, a *ordem do ser* ou a *ordem verdadeira*, para utilizarmos a terminologia voegeliniana.

E aqui, o nosso autor, retomando algo da Idade de Ouro de Platão, apela à ideia regulativa de uma espécie de ordem primordial, marcada pela harmonia entre o homem, o Mundo e Deus, um *alfa* que sempre continuaria a ser um *ómega*, esse tal *mais além*, de onde se vem, para onde se vai, e que nunca correspondeu a um facto histórico, a algo que se tivesse verificado no tempo e no espaço, como o defenderam certas teorias do contrato social.

Nessa ordem verdadeira, do antes e do depois, residiriam as verdadeiras regras, o objecto perfeito, a *lex animata*, o direito vivo, insusceptível de ser criado *ex novo*, ou *ex nihilo*, mas apenas passível de descoberta. Essa ordem verdadeira, equivalente à *physis* dos gregos, antes da ruptura dos sofistas, esse estado regulativo de um *nomos basileus*, próximo daqueles

mores maiorum dos romanos, a que só os *prudentes* podiam aceder, tirando o véu, desvelando ou interpretando.

Voegelin retoma assim algumas das principais teses do jusnaturalismo clássico, defendendo o carácter autoconstituinte da sociedade, isto é, considerando que a mesma traz dentro de si a semente da ordem e que esta tanto pode desabrochar em regras como até em símbolos normativos. Neste sentido, se rejeita a ideia hobbesiana, continuada por John Austin, segundo a qual o direito é um *comando directo do soberano*, isto é, que *a obediência faz o imperante* e que o poder e a força — e não a verdade, ou a justiça — fazem o direito, não deixa de denunciar outras consequências desta mentalidade voluntarista e absolutista, desde as ideias do pacto social às da vontade da maioria, com que tentou adocicar-se o chicote de um soberanismo absolutista que não deixou de ser absolutista quando o *monarca soberano* foi substituído pelo *povo soberano*. Ou quando este *povo soberano* passou a ser medido pela vontade da maioria, expressa pelo sufrágio universal. Porque uma ditadura da maioria, não é pelo facto de ter a maioria que deixa de ser uma ditadura. Porque a opinião dominante, nem por dominar deixa de ser conjuntural. E a ordem verdadeira não pode estar dependente da flutuação em torno do ideal conjuntural da sociedade. Porque tem de haver um padrão superior à opinião dominante, mesmo que esta seja uma justificável aliança dos mais débeis contra a injusta dominação dos mais fortes. De outra maneira, o direito pode reduzir-se àquele utilitarismo ou àquele finalismo que o identificou com *aquilo que é útil ao povo*, como dizia Frank, o ministro da Justiça de Hitler, ou com aquela forma de revolta da *ditadura do proletariado* contra a vontade da anterior *classe dominante*, conforme as teses jurídicas do leninismo e do estalinismo.

Voegelin, fiel ao realismo clássico, pretende partir da experiência e, contra os postulados do formalismo jusracionalista, para quem seria possível aceder ao direito pelo reconhecimento formal dos axiomas, dos primeiros princípios ou dos conceitos supremos, ensaiou descobrir o direito de baixo para cima, a

partir do ser empírico, procurando detectá-lo na perspectiva do homem comum e da linguagem quotidiana, e não deixando de penetrar no próprio horizonte dos valores estabelecidos.

Assim, considera que as regras válidas começam por ser encaradas como as regras devidamente decretadas de acordo com o formalismo processual da constituição estadualmente vigente e consensualmente recebida pela comunidade. Neste sentido, se considera que as regras emitidas desta forma são todas válidas, não deixa de salientar que a validade não pode esgotar-se no momentâneo do que está vigente. Aceita, deste modo, que, no fluxo constante da emissão de regras, marcadas pelo procedimento constitucional, não deixa de existir uma continuidade, um procedimento constante que assegura a identidade da ordem jurídica, a qual não deixa de ser a mesma só porque mudam algumas regras particulares, com a entrada ou saída no agregado desta ou daquela regra válida.

Contudo, considera que, a partir dessa perspectiva, não pode chegar-se à definição das regras essenciais, porque todas as regras validamente emitidas têm de ser consideradas essenciais. Não deixa, no entanto, de salientar que esse procedimento constitui um elo mediador entre a ordem empírica que ele, legislador, decreta, e uma ordem superior, aquilo que o mesmo Voegelin qualifica como a ordem substantiva da sociedade.

Porque se há regras que foram e já não são válidas, há também regras que ainda o não são, mas que, provavelmente, o serão; há uma *lege ferenda* ou direito *constituendo*, um direito a fazer-se e fazendo-se, por cima do direito feito e do direito passado.

Logo, o mero critério da vigência talvez não sirva para se aferir da natureza do direito. É momentâneo e passageiro demais, conforme a imagem de um largo rio que, vindo do pretérito, depois de passar pelo estreito do presente, volta a alargar-se pelas campinas do futuro. Aliás, nesse fluxo, o critério da vigência, perspectivado através da emissão da lei, também não seria suficiente, porque a ordem efectiva só pode

ser determinada nas decisões dos casos concretos, na determinação judicial do direito, dado que há muitas leis vigentes que não têm eficácia, que não são efectivamente aplicadas.

Outro critério repudiado por Voegelin, para a procura da essencialidade, ou da natureza do direito, é o do comparativismo, o qual confundiria a essência com aquilo que é comum a vários ordenamentos, numa visão sincrónica. Critério considerado equivalente às classificações botânicas e às abordagens enciclopédicas. Segundo esse método, seria possível extrair das várias ordens jurídicas, das várias sociedades concretas, os elementos normativos comuns, partindo-se destes elementos gerais para as operações classificatórias. Assim, o direito apareceria como um *género* com várias *espécies* individualizadas de direitos, correspondentes às várias sociedades. Em contraposição, Voegelin argumenta que tal método, típico daqueles que recolhem constituições, às vezes para a elaboração de *constituições tipo pudim*, não serve para a determinação da natureza do direito, dado que uma regra singular, que só exista numa determinada ordem jurídica, continua válida no interior dessa ordem jurídica, sendo, portanto, dotada de essencialidade, isto é, participante da natureza do direito. Porque todas as regras de todas as ordens jurídicas, incluindo as regras singulares, fazem parte da natureza do direito. Aliás, sempre houve quem defendesse, na cultura ocidental, que seria possível chegar ao universal através da diferença.

A proposta de Voegelin para a determinação da natureza do direito, fiel à tomista possibilidade do conhecimento modesto acerca de coisas supremas, engrena num raciocínio que parece primar pela clareza. Primeiro, considera que o direito é mera consequência da sociedade, isto é, que a ordem jurídica deriva da ordem da sociedade. Segundo, que a ordem da sociedade provém de um todo maior e anterior à mesma, a ordem do mundo (*kosmos*), que se identifica com a própria ordem do ser, a tal ordem verdadeira e primordial, aquele *antes* que é um *superior* e que, como padrão e ideia regulativa, não pode deixar de ser o *fim* para que se tende. Logo, conclui que o processo

de criação do direito visa garantir a substância da ordem na sociedade.

Nesta argumentação, retoma o sentido platónico e aristotélico da natureza das coisas. Assim, a ordem verdadeira de Voegelin é quase o mesmo que a *politeia* de Platão, a *polis* melhor ou a ordem perfeita, pouco diferindo da *boa sociedade* de Aristóteles ou do *bem comum* de São Tomás de Aquino. A verdadeira ordem é o melhor regime da *polis*, a ordem perfeita, a ordem justa, estando tão próxima da *grande sociedade* de Adam Smith quanto das *regras de conduta justa* de Hayek.

Voegelin assinala que o direito é parcela de um todo bem mais complexo e insiste na hierarquia: ordenamento jurídico, ordem da sociedade, ordem verdadeira. Não deixa mesmo de estabelecer hierarquias de cada uma dessas ordens, salientando que a ordem empírica do direito tem como nível superior a *ordem substantiva da sociedade.* Assinala até que existe uma tensão entre a ordem substantiva da sociedade, tal como existe empiricamente, ou simples ordem empírica, e a verdadeira ordem substantiva.

Neste sentido, entende as normas como projectos de realização da ordem, embora distinga entre os projectos que pretendem ser realizados empiricamente numa sociedade em concreto daqueles outros que apenas visam estabelecer padrões de ordem verdadeira, sem expectativas quanto à sua realização em concreto. Os primeiros, ligados aos chamados reformistas sociais, traduzem-se normalmente no processo de criação do direito em sentido técnico. Os segundos pertencem a outro nível e têm a ver com a procura da ordem levada a cabo pelos filósofos: *essa realidade viva na alma do filósofo, tornada consciência nítida pela recusa do filósofo em sucumbir à desordem do seu ambiente.*

Aliás, Voegelin assinala que esta procura nada tem a ver com a construção das utopias, até porque os filósofos podem ser bem mais realistas que os próprios governantes. Acresce que a ordem estabelecida pelo aparelho de poder até pode ser uma efectiva desordem.

Neste sentido, Voegelin considera que o direito, como resultado do processo autoconstituinte de uma determinada sociedade, é *parte do processo pelo qual a sociedade dá a si mesma existência e se preserva a si mesma em existência ordenada*. Porque tem de ligar o homem à sociedade, ao Mundo e a Deus, exige que se entenda o respectivo processo de criação como uma recolha e uma descoberta da ordem verdadeira. Porque o homem experimenta uma obrigação de sintonizar-se com a ordem da sua existência, com a ordem do ser. Uma ordem que também pode ser descoberta com imaginação e experimentação, em que há tentativas e podem acontecer erros. Que requer aperfeiçoamento e tem de ser adaptada às circunstâncias mutantes.

Diga-se, de passagem, que, da realidade social, fazem parte não só os símbolos que a iluminam mas também as ideias que traduzem uma consciência dessa mesma realidade social. Não reconhecer que estes elementos intangíveis são parcelas da realidade pode levar a que os chamados *realistas* se tornem até menos *realistas* que os alcunhados *idealistas*.

É nesta procura de adequação, da realidade com um projecto, que surge o *dever*, a tal tensão experimentada entre a ordem do ser e a conduta do homem, uma tensão paralela à que se estabelece entre a ordem verdadeira e a conduta empírica da sociedade. Assim, com base nestes princípios, Voegelin analisa o estabelecimento das linhas jurídicas dominantes na modernidade.

Na Renascença, com a emergência do conceito bodiniano de soberania, ainda entendida como mera soberania externa, surge um *príncipe* que se assume como representante da comunidade política, em luta contra o papado e o império. Contudo, esta soberania ainda não é absolutista, nomeadamente no plano interno, dado que o soberano, para efeitos interestaduais, tem um campo de actuação delimitado: *os soberanos têm de garantir uma substância de ordem que não é obra deles*. Com efeito, a soberania ainda não é a *competência da sua competência*, ainda não necessita de autolimitação e as leis do príncipe estão num plano hierarquicamente inferior aos estratos cimeiros do direito divino e do direito natural, bem como das próprias leis

fundamentais. As leis editadas por tal soberano são superiores ao costume e às decisões dos magistrados.

Só a partir de Thomas Hobbes e do absolutismo surge a soberania interna, uma verdadeira soberania absoluta que se aplica a nível interno, unidimensionalizando as comunidades pelo rolo compressor da obediência. Surge assim um soberano, em que tudo aquilo que ele diz tem valor de lei e que não está submetido a nenhuma ordem superior, nem mesmo à lei que ele próprio edita. E tudo se concebe em nome da segurança interna, a *salus populi* que ultrapassa o próprio desvario da maquiavélica *razão de Estado* e passa a conceber que a paz, num mundo de homens *lobos dos homens*, não passa de uma mecanicista ausência de guerra, gerada pela força das potências e dos *Estados em movimento* na *balance of power*.

Finalmente, com o chamado *secularismo* e a *desintegração da filosofia*, nos séculos XIX e XX, principalmente a partir dos positivismos, é que *se afasta da teoria jurídica a questão da ordem substantiva*. Surgiria então uma distinção entre a jurisprudência normativa, defensora das *regras válidas*, e a jurisprudência sociológica, que põe o acento tónico no *acto de criação de regras válidas*. Se no primeiro campo se enquadra a teoria pura de Stammler e Kelsen, com a identificação entre o direito e o Estado, para afastar o direito da sociologia e da ideologia, já no segundo campo se inserem as várias tentativas de uma sociologia do direito e das subsequentes escolas sociologistas. E, como observa Voegelin, em nenhum destes processos mentais há preocupação com a procura da ordem verdadeira, pelo que *a natureza do direito como a ordem substantiva da sociedade não se tornará objecto de análise*.

Voegelin insere-se assim naquele movimento que, no pós-guerra, voltou a utilizar o direito natural como processo de combate contra todas as formas de positivismo e de engenharia social construtivista. Aliás, foi o direito natural que inspirou as Revoluções Atlânticas, desde a revolução inglesa à revolução norte-americana, marcando também as vicissitudes das várias *moderações* dentro da revolução francesa. Foi ele que esteve na

base do ideal de *Estado de direito* e que marcou a *Carta do Atlântico* de 1941, bem como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 1948, servindo como programa para o combate antitotalitário do nosso tempo.

É elemento fundamental na teoria neoclássica da filosofia política, com Leo Strauss, e no neo-romantismo de Hannah Arendt. Explica o conservadorismo liberal de Hayek, a recuperar Adam Smith, bem como o neo-hegelianismo de Eric Weil, a retomar Rousseau. Emerge no republicanismo de Blandine Barret-Kriegel, Simone Goyard-Fabre e Luc Ferry. É pujante em Ottfried Höffe e não deixa mesmo de atravessar a escola crítica de Jürgen Habermas, para não falarmos nas tentativas de restauração de Kant, contra a dominante utilitarista, por John Rawls.

Vários nomes para a mesma coisa, chame-se *justiça política, direito das gentes, teoria da justiça*. Todos esses movimentos que procuram reconciliar a filosofia com o direito e a política, tendo em vista os programas de moralização da política, de juridificação do poder. Aliás, para Luc Ferry e Alain Renaut, *o regresso à concepção antiga do direito natural apresenta a dupla vantagem, contra o historicismo, de restaurar uma transcendência do justo (uma distinção do ideal e do real) e, contra o positivismo, de enraizar a validade dos valores jurídicos na própria objectividade — conferindo, assim, às normas uma consistência que ameaça, em vez de lhe retirar, nos Modernos, o enraizamento dos valores na subjectividade.*

Posição próxima à de Hannah Arendt, em que o existencialismo é entusiasmado por um vitalismo romântico, ou à de Hans-Georg Gadamer, em que, numa linha de inspiração fenomenologista, se defende a filosofia prática, a qual, por tratar de acções e questões humanas, é também uma ciência, uma filosofia que entende a *praxis* como co-natural à teoria, e não como algo que lhe está subordinado, contrariamente aos que a transformaram em simples técnica, em mera resultante de uma dedução do saber teórico. Assim, Gadamer, na linha de Heidegger,

advoga o regresso à hermenêutica, em que a *phronesis* aparece como a virtude principal, esse apelo à autonomia da consciência, a razão que se interroga sobre o bem e o mal, o tal elemento de ligação entre o *logos* e o *ethos*, entre a razão e a experiência moral, entre a subjectividade da consciência e a substancialidade do ser.

Também Theodor Viehweg considera que os problemas práticos, isto é, da *praxis* humana, pertencem à *prudentia*, à ponderação razoável sobre o agir, devendo os mesmos resolver-se por juízos de argumentação dialéctica (pró e contra), que invocam os *topoi*, os fundamentos consensuais, comunitariamente consensualizados pelo contexto social.

Já para Michel Villey, o direito não teria como missão primordial a enunciação de um corpo de regras de conduta, mas antes a procura da natureza das coisas através da justiça. É a procura do justo no sentido aristotélico do termo, *do suum cuique tribuere*, a procura das relações entre as coisas, em lugar das artificiais relações de poder. Assim, considera que *todas as regras trazem a marca da imperfeição humana; são necessariamente falíveis e, pelo facto de serem humanas, é impossível conservar-lhes a qualificação de naturais*. Recusa-se, portanto, a aceitar o dualismo iluminista, não admitindo a existência de um direito natural fixo. Existiria tão-só *um direito que, por definição, se encontra adaptado a cada situação concreta e devendo ele próprio variar de objecto*. É o tal direito natural relativo, um sistema aberto ao casuísmo, um direito natural que tem necessariamente de exprimir-se na existência.

Já para Jean Lacroix, numa aproximação ao personalismo, *o direito natural é o reconhecimento de uma espécie de direito geral de ter direitos, é a racionalidade própria da ordem jurídica, constituindo simultaneamente a sua norma imanente e o seu princípio de julgamento*. Assim, *dele não podemos extrair nenhum direito positivo particular mas, no entanto, obriga-nos a admitir uma lei positiva e a corrigi-la constantemente. Utilizado por uns como conservador, por outros como revolucionário, o direito natural é, como toda a ideia reguladora,*

uma e outra coisa. Em Lacroix há, assim, um regresso ao justicialismo jurídico, retomando-se um direito natural que não se confunde com o direito divino ou a razão iluminista, procurando-se, pelo contrário, uma justiça existencial: *o direito natural age através da crença e admitir o direito natural é admitir a pessoa, ou antes, reconhecê-la; negá-lo é negá-la*.

Existem também alguns autores do direito natural mais religiosistas. O movimento remonta ao neotomismo do século XIX, em que as teses de São Tomás procuraram conciliar-se com as próprias perspectivas da modernidade wolffiana. Neste labor, destacou-se Luigi Taparelli d'Azeglio (1793-1862) e Antonio Rosmini-Serbati (1797-1855), bem como o suíço Viktor Cathrein (1845-1931), e, depois da II Guerra Mundial, assinale-se a chamada Escola de Friburgo que, longe de procurar uma conciliação entre o tomismo e o jusracionalismo wolffiano, na procura de um direito natural válido para todos os lugares e para todos os tempos, preferiu o casuísmo moral da escolástica peninsular, principalmente na senda de Francisco Suárez.

Já entre a geração emigrante no Novo Mundo, destacou-se Leo Strauss, que fala no direito natural como *um padrão do justo e do injusto que é independente do direito positivo e que lhe é superior*. Um padrão que é mais elevado e menos mutável que o próprio ideal de sociedade: *há no homem qualquer coisa que não está totalmente sujeita à sua sociedade e, por conseguinte, que somos capazes e, portanto, obrigados a procurar um padrão que nos permita julgar o ideal da nossa sociedade ou de qualquer outra*.

Poderemos, aliás, concluir, como Eric Weil, referindo que o direito natural significa duas coisas: uma ideia, no sentido kantiano, que é eterna desde que aparece na história, mas que, no plano político, é um critério moral negativo do injusto; *um conceito histórico do que é evidente pela moral positiva de uma época e de uma comunidade*. O direito natural entendido, pois, como um direito natural progressivo, como um direito natural de *conteúdo variável* (Stammler) ou um *direito natural*

evolutivo (Hauriou). Porque a razão que actua é a razão que actua através do homem que actua. É a razão no tempo da história.

O direito natural não é, assim, a *utopia* (o sem lugar) nem a *ucronia* (o sem tempo), como o visionava o jusracionalismo, quando o considerava eterno e imutável, mas uma moral viva. É o *natural num dado momento da história*. É a procura do *melhor direito possível*, de um direito que, por ser melhor, procura um *valor fundamentante* e que, por ter de ser possível, é um *facto condicionante*, como salienta, entre nós, o Professor Castanheira Neves.

É que, como escrevia Radbruch num artigo de 1947, *a ciência do Direito tem de meditar, de novo, sobre a milenar verdade de haver um Direito superior à lei, um Direito natural, um Direito divino, um Direito racional, medido pelo qual a injustiça continua a ser injustiça, ainda que revista a forma de lei, e diante do qual a sentença pronunciada, de acordo com esta lei injusta, não é Direito, mas o contrário do Direito.*

Da mesma forma, Voegelin considera o direito natural como *todas as tentativas de transformação de uma reacção à injustiça experimentada no caso concreto num corpo de regras fundamentais substantivas que reivindicam autoridade enquanto expressão da verdadeira natureza do homem e da sociedade*, um direito natural que *só pode desenvolver-se onde um conceito de natureza humana se forme em oposição à ordem socialmente existente*, distinguindo-se esse modelo daquela perspectiva contratualista gerada *em períodos de crise espiritual e moral numa sociedade quando se tenta construir a ordem de uma sociedade a partir de relações contratuais estabelecidas entre os seus membros*.

INTRODUÇÃO DA EDIÇÃO NORTE-AMERICANA

A natureza do direito foi escrita enquanto Voegelin leccionava introdução ao direito na Faculdade de Direito da Universidade Estadual da Luisiana e apareceu em 1957 sob a forma policopiada, numa "edição temporária exclusivamente para o uso dos alunos inscritos" nesse curso. Voegelin nunca reviu a monografia, ainda que uma vez tenha informado um dos editores do actual volume que pensava fazê-lo e, em 1976, se tenha correspondido com a Editora da Universidade de Notre Dame com a finalidade da sua publicação. Nem parece que a monografia tenha alguma vez sido distribuída aos alunos de introdução ao direito. Voegelin leccionou o curso durante os semestres lectivos da Primavera de 1954 a 1957 e, provavelmente, completara a última contribuição antes de a monografia ter sido policopiada (1). Então, em Janeiro de 1958, ele deixou a Universidade Estadual da Luisiana para aceitar as cátedras de ciência política e de história e a direcção do Instituto de Ciência Política na Universidade de Munique.

---

(1) Os aditamentos dos editores norte-americanos ao manuscrito foram colocados entre parênteses rectos.

A natureza do direito é o único texto abrangente e sistemático de Voegelin sobre o direito. Ele é um produto do Voegelin maduro. Ele escreveu-o numa época em que se decidira pela necessidade de abandonar o seu plano originário de escrever uma história das ideias políticas, publicara *A nova ciência da política* e os primeiros três volumes de *Ordem e história*, e leccionara o curso de introdução ao direito durante quatro anos ([2]). Ele compreendera que as ideias não têm uma história, que apenas as pessoas a têm, e que a sua história consiste nos seus êxitos e fracassos na diferenciação das suas experiências noéticas e pneumáticas de vida sob Deus. Pela mesma razão, ele compreendera que o direito não pode ter uma história à parte da história da sociedade, cuja ordem ele articula, e que a sua essência, ou natureza, é precisamente a estrutura da sociedade cujo direito ela é.

Voegelin chegara a estes entendimentos através das suas próprias reflexões, induzidas, como ele diria, pela oposição da sua alma às suas experiências dos fenómenos no mundo exterior indicadoras de desordem. Assim, aos vinte e três anos, ele exprimiu o seu descontentamento com a limitação de Hans Kelsen do conceito de "Estado" ao de "direito puro", isto é, do direito divorciado de critérios ontológicos de ordem e reduzido a um esquema de respostas governamentais a condições e acções existenciais, internamente consistentes com uma norma básica pressuposta. Outro e mais sério caso, para simplificar um conjunto complexo de experiências, foi a sua reacção ao nacional-socialismo alemão, ao fascismo e ao comunismo marxista-leninista ([3]). Estas experiências levaram-no a pesquisar as

([2]) Eric Voegelin, *Autobiographical Reflections* (Baton Rouge, 1989), pgs. 62 a 64; Voegelin, *The New Science of Politics: An Introduction* (Chicago, 1952); os três primeiros volumes de *Order and History*, por Voegelin, intitulam-se: *Israel and Revelation*, Vol. I, *The World of the Polis*, Vol. II, e *Plato and Aristotle*, Vol. III (Baton Rouge, 1956 e 1957).

([3]) Eric Voegelin, "Reine Rechtslehre und Staatslehre", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, IV (1924), pgs. 80 a 131; Voegelin, *Autobiographical Reflections*, pgs. 24, 25, e 45 a 53.

fontes dos critérios verdadeiros da ordem humana pelos quais os fenómenos da sociedade e do direito pudessem ser julgados.

Os estudos de Voegelin levaram-no a descobrir que a filosofia propriamente dita é a articulação simbólica e diferenciação no homem das suas experiências noéticas (racionais) do ser, cujos discernimentos da realidade e suas implicações se tornam possíveis pela sua participação no "Entre-meio" da matéria e do espírito, e não, como acontecia desde os dias do iluminismo, uma tentativa de moldar a realidade a um esquema consistente com uma ideia postulada ou presumida (ideologia); e eles levaram-no a concluir que a revelação é a diferenciação e simbolização no homem das experiências pneumáticas, ou espirituais, que lhe são oferecidas pela graça divina. Voegelin compreendeu também que, embora os homens pudessem aceitar por meio da fé a representação simbólica das experiências noéticas e pneumáticas daqueles que as tiveram, o conhecimento destas experiências apenas poderia ser atingido pela reconstrução das experiências que levaram às simbolizações ([4]).

Foi com este espírito que Voegelin realizou as Prelecções Walgreen na Universidade de Chicago em 1951 (publicadas como *A nova ciência da política* em 1952) e, posteriormente, redigiu os três primeiros volumes de *Ordem e história* (1956-1957); e foi também com o mesmo espírito que ele escreveu *A natureza do direito*.

N'*A natureza do direito*, Voegelin obriga o leitor a analisar os fenómenos quotidianos do direito para descobrir a sua natureza, ou essência, e os seus atributos, começando com as palavras usadas no discurso vulgar sobre o direito, rejeitando discernimentos e presunções putativas que provam ser falaciosas por serem incompatíveis com esta ou aquela experiência do direito, e conservando as que com elas estão em concordância e que aprofundam a nossa compreensão, até que, por fim, o direito é entendido como tendo por sua natureza ontológica a

([4]) Para uma explicação plena do percurso intelectual de Voegelin, ver Ellis Sandoz, *The Voegelinian Revolution* (Baton Rouge, 1981).

estrutura da sociedade cujo direito ela é, e como tendo por seu critério a relação do homem com o ser tal como nós podemos sabê-lo através da filosofia e da revelação. Assim, *A natureza do direito* é um exemplo moderno de filosofar ao estilo clássico.

Do princípio ao fim, Voegelin é implacável na análise em busca da essência. Ele começa com a observação de que, embora nós falemos do "direito" como se fosse único, ele existe actualmente numa pluralidade de ordens cujos conteúdos não são idênticos. O "direito" não pode, todavia, ser uma espécie individualizada em muitas ordens, porque todas as regras jurídicas são "essenciais" nas suas respectivas ordens jurídicas. Nem o "direito" pode ser um exemplo simples de uma "espécie", incluindo todas as regras de todas as ordens jurídicas, porque então a essência seria reduzida a um catálogo de todas as regras jurídicas em todas as ordens, e isso seria absurdo. Provando a essência de o direito ser, de momento, ilusória, Voegelin dirige a sua atenção para a "validade" do direito. As leis, observa ele, tornam-se válidas e deixam de o ser, levantando a questão de saber se o "direito" é uma série de agregados momentaneamente válidos de regras, ou uma entidade mutável a que um processo dá unidade. Estas construções também provaram ser insatisfatórias e, assim, guiado por estes resultados preliminares, Voegelin desviou a análise do direito como um fenómeno isolado em direcção ao direito no seu contexto social.

Neste contexto, observa Voegelin, o "direito", no seu significado descritivo mais fundamental, é a substância da ordem em qualquer domínio do ser — a lei da gravidade, por exemplo, no domínio do ser material. O processo de criação do direito é, então, visto como o meio de garantir a substância da ordem entre os seres humanos em sociedade. A partir desta perspectiva, Voegelin regista as principais construções teóricas da relação dos processos de criação do direito e da substância da ordem. Para Platão e Aristóteles, os filósofos indagam o conteúdo da ordem verdadeira, e o direito é formulado para a garantir. Com o advento do Estado nacional, o príncipe articula o direito positivo em conformidade com os direitos divino e

natural, só com o direito natural, ou simplesmente de acordo com o seu arbítrio. Com o secularismo e a desintegração da filosofia, a questão da substância da ordem verdadeira é ignorada e é colocada toda a ênfase no processo positivo de criação do direito. Finalmente, na jurisprudência sociológica, o único esforço consiste em descrever os fenómenos jurídicos sem avançar para uma natureza do direito. Torna-se claro, não obstante, que é na ordem da sociedade que a natureza do direito deve ser procurada, e Voegelin continua no Capítulo III a analisar "O complexo da ordem" na sociedade.

Ao começar a análise do complexo da ordem, Voegelin regista as tensões, por um lado, entre a ordem substantiva verdadeira e o processo de criação do direito e, por outro lado, entre a ordem substantiva verdadeira e a ordem social tal como existe. Relativamente à primeira tensão, Voegelin regista que o "peso" da relação é em direcção ao lado social do complexo, e ele ilustra este facto com a observação de que a validade de mudanças na estrutura constitucional não se pode explicar em termos de um processo procedimental, mas apenas em termos de uma sociedade contínua cuja ordem é conformada por referência a fontes extrajurídicas. Estas fontes extrajurídicas, observa ele, incluem a autoridade da estrutura de poder na sociedade articulando uma ordem que se pretende conforme com os critérios ontologicamente verdadeiros para a ordem humana substantiva sob as condições existenciais. O "direito" implica assim mais do que regras jurídicas; ele abrange todos os esforços dos seres humanos para estabelecer ordem numa sociedade concreta.

Voegelin examina então o segundo tipo de tensões entre as ordens sociais existentes e a ordem substantiva verdadeira. A ordem social, observa ele, possui a qualidade da durabilidade, de tal modo que, até ao ponto em que é obedecida, pode-se dizer que a ordem jurídica descreve uma sociedade existente, de certo modo quase como as "leis da natureza" descrevem determinados fenómenos existenciais. A função das regras jurídicas não é, todavia, descrever a ordem da sociedade, porque a ordem da

sociedade, ao contrário da de determinados fenómenos existenciais, não lhe é inerente. Antes, deve ser preenchida pela acção humana sob a forma de regras jurídicas e, assim, as regras acabam por ser vistas como normativas. No entanto, as regras são para serem descobertas em vez de criadas, e há sempre tensão entre a ordem verdadeira e a ordem existencial realizada. Esta tensão existe porque o homem tem a experiência de participar numa ordem do ser que inclui não só o homem, mas também Deus, o mundo e a sociedade; porque ele experiencia a necessidade de estar em sintonia com a ordem do ser; e porque ele também experiencia que a sua sintonia com a ordem do ser está dependente da sua acção. Esta tensão é a fonte ontológica do dever, ou normatividade, das regras jurídicas.

Porque a regra é normativa, deve ser comunicada ao povo, e esta comunicação, enfim, faz-se através dos serviços da profissão jurídica. Aqui, Voegelin elabora a fim de diferenciar as regras jurídicas em vigor dos projectos de lei. Entre os últimos encontram-se os projectos propostos para adopção ou decretação, os projectos que pretendem servir como modelos para imitação sob circunstâncias existenciais, e os projectos de filósofos que pretendem articular a ordem verdadeira, quer possam ou não ser decretados no presente ou no futuro. Neste último exemplo, a ordem verdadeira é experienciada como tal na alma do filósofo, como ordem orientada para a revelação plena da sua natureza. No processo empírico de criação do direito, a fonte da normatividade consiste no esforço de participar na ordem verdadeira assim descoberta.

No contexto das tensões entre o processo de criação do direito e a ordem social, por um lado, e a ordem verdadeira, por outro lado, Voegelin salienta o carácter autoconstituinte da sociedade e o carácter impessoal das regras jurídicas, factores que tornam inadequadas as teorias jurídicas assentes na coacção. Esta auto-organização da sociedade é efectuada inevitavelmente através dos seus representantes, por qualquer meio que eles possam usar para chegar ao poder. Embora a ordem proclamada pelos representantes possa não se conformar em

pormenor com a noção de ordem boa do cidadão, ela deve ser obedecida por todos enquanto cidadãos, se o bem geral social tiver de ser realizado. É inevitável haver algum erro ao traduzir a ordem ontologicamente verdadeira para a ordem existente, pois a verdade em assuntos de ordem, especialmente no pormenor, raramente pode ser determinada certamente. O juízo dos representantes da sociedade deve, por conseguinte, prevalecer e a força é necessária para garantir a concordância da parte do recalcitrante.

Na conclusão, Voegelin sumaria os componentes da validade das regras jurídicas: primeiro, as regras jurídicas têm existência ontológica, não por elas mesmas, mas apenas no seu contexto social; segundo, como as regras jurídicas são proposições acerca do comportamento humano, a sua normatividade deve ser determinada em termos da sua aptidão para fornecer uma ordem em que possa ser realizado o potencial de cada pessoa; e, terceiro, a aptidão das regras jurídicas para fornecer esta ordem deve ser averiguada através da filosofia e da revelação. Além disso, o conteúdo de uma ordem jurídica não se pode derivar da natureza do homem, pois o direito existe sempre num contexto social, e a organização da sociedade, sempre concreta, deve ser tal que leve a cabo o fim da sociedade tanto quanto possível sob as condições existenciais. Finalmente, porque o direito é apenas parte do contexto social, não há história do direito, mas apenas história das sociedades; e, nesta história, os eventos mais importantes foram a diferenciação da razão e da revelação a partir do mito cosmológico.

A natureza do direito pode ser caracterizada como um convite pensado para restaurar a santidade da ordem jurídica. Como a natureza do direito emerge com claridade crescente a partir da análise de Voegelin, nenhuma das concepções do direito historicamente recentes e dominantes provam ser adequadas. O "direito" não é simplesmente um "comando" do Leviatã para pessoas que, por medo de uma situação pior, renunciaram a todo o direito de objectar. Ele não é simplesmente o resultado de um pacto social entre indivíduos autónomos, pelo

qual eles renunciaram reciprocamente a aspectos de uma licença ilimitada no esforço de evitar reciprocamente o mal. Ele não é só a vontade expressa de uma maioria garantindo o seu próprio interesse autodefinido, imediatamente mundano, ou o de uma classe dominante buscando a consecução eventual de um milénio mundano falsamente concebido. A análise mostra, antes, o direito como parte da ordem que uma sociedade gera para si mesma, através dos seus representantes, no esforço de conseguir o bem comum. Consequentemente, uma ordem jurídica específica pode ser julgada pelo grau em que ela garante a todas as pessoas, seres espirituais bem como materiais, agora vivos ou por nascer, a possibilidade de desenvolver ao máximo a capacidade de cada um para participar na vida que, por criação, cada um partilha com Deus e outras pessoas. O direito e as suas instituições especificam os modos de cooperação julgados próprios e vantajosos sob as circunstâncias presentes para alcançar esse bem comum. A medida do direito é, em última análise, a ordem social consistente com a plenitude da realidade.

O "Plano geral do curso de introdução ao direito" (1954--1957) está mais interessado nos critérios para a ordem jurídica descobertos através da filosofia e da revelação do que com a essência ou natureza do direito, o qual era o tema principal d'*A natureza do direito*. Os dois são, por conseguinte, complementares. Embora *A natureza do direito* não tenha aparecido em forma policopiada até que Voegelin tenha dado o curso pela última vez, Voegelin leccionou sobre este tema, bem como sobre os critérios para o direito, no curso de introdução ao direito. De facto, pode-se arriscar que se Voegelin tivesse ensinado o curso outra vez, depois de preparar *A natureza do direito* em forma policopiada, ele teria tornado a monografia a base da primeira parte do curso e revisto, consequentemente, o plano geral.

Consistente com a conclusão de Voegelin n'*A natureza do direito* — que o direito não pode ter uma existência ontológica separada da da sociedade cuja estrutura de ordem ele é —, o "Plano geral" considera os critérios para o direito a partir da

perspectiva dos critérios para a ordem social tal como foram historicamente desenvolvidos. Assim, o "Plano geral" reflecte o desenvolvimento já dado em 1952 n'*A nova ciência da política* e, mais tarde, mais elaboradamente em *Ordem e história*. Alguns destes temas são também levantados n'*A natureza do direito*, mas apenas na medida em que são necessários para descobrir, através da análise, a natureza, ou essência, do direito. As prelecções do curso de introdução ao direito, das quais não parecem existir versões escritas, eram mais completas sobre esse tema. O curso de introdução ao direito, todavia, como atesta o "Plano geral", não era apresentado numa feição historicamente linear. Encarando estudantes que, muitas vezes, tinham poucos ou nenhuns conhecimentos para as suas prelecções, ele primeiro "delimitava o campo" ao fornecer uma estrutura de compreensão. Então, ele prosseguia discutindo a definição legislativamente definida por Justiniano de ciência jurídica e dos seus elementos componentes. Em seguida, ele apresentava as experiências primordiais de ordem social — a ordem cósmica na China, na Babilónia e no Egipto; a vontade revelada de Deus em Israel; a participação da *psyche* no *logos* divino na Grécia helénica; e a participação no espírito de Cristo na Cristandade. Estas considerações levavam a discussões das culturas jurídicas no Próximo Oriente e no Ocidente, e, então, à maneira em que, através da história, as crises sociais instigaram reflexões sobre o significado do direito, do caso de Israel e dos profetas àquele da Alta Idade Média e de São Tomás de Aquino. Em seguida, Voegelin analisava a deterioração gradual das concepções adequadas do direito, começando com o enfraquecimento e fim da Cristandade e a ascensão simultânea dos Estados nacionais, a emersão eventual do direito positivo quando a revelação e a filosofia foram ambas consideradas irrelevantes para a ordem, a emergência da história e do pensamento imanentista como bases para o direito, e as tendências contemporâneas da filosofia jurídica. A última parte do curso era, finalmente, uma avaliação do regresso às experiências primordiais de

ordem no século actual, uma empresa em que o próprio Voegelin foi um participante principal.

Os "Apontamentos suplementares" para estudantes do curso de introdução ao direito são em si mesmos um curso compacto sobre o tema. Voegelin considera, embora não nesta ordem, a necessidade da verdade na comunicação; a impossibilidade de uma ciência da acção inteiramente racional (incluindo o direito), a não ser que haja um bem maior ao qual todas as acções humanas possam ser ordenadas; a hierarquia dos bens segundo Aristóteles; as experiências de transcendência (participação no ser transcendente, revelação, graça, e uma "humanidade" de todos os que viveram, vivem e viverão). Tendo assente esta fundação, Voegelin prossegue com o arrolamento dos nove "princípios de ciência jurídica", pelos quais as culturas jurídicas dos três tipos principais de civilização — o cosmológico, o antropológico e o soteriológico — podem ser avaliados: 1) a constância da natureza humana; 2) o progresso da autocompreensão (com respeito à posição do homem no mundo e à sua relação com a realidade transcendente) da compactude à diferenciação; 3) o crescimento do conhecimento através da diferenciação de experiências e a sua simbolização, e os graus de racionalidade nas diversas simbolizações; 4) a observação que todas as civilizações experienciam a ordem localizada na realidade transcendente, embora com diferentes graus de diferenciação; 5) a afinidade (consubstancialidade) da alma experiente com a realidade transcendente; 6) a natureza da cognição na experiência de transcendência (participação) como uma resposta à realidade transcendente (por exemplo, a fé cristã como a prova das coisas invisíveis); 7) a impossibilidade de definir a ordem justa por causa da sua origem na realidade transcendente, e a impossibilidade de deduzir um sistema de regras a partir de axiomas mais elevados; 8) a raridade dos graus mais elevados de resposta sensível à realidade transcendente (como com Aristóteles, os profetas israelitas, ou São Paulo), e a necessidade de estudar as fontes clássicas a fim de compreender estas experiências e, por esse meio, sintonizar a alma à realidade; e

9) o progresso da compreensão da ordem justa através da reacção da alma à injustiça concreta.

O segmento final dos "Apontamentos suplementares", em certo sentido um apêndice, é sobre o "direito natural", os diversos usos do termo e suas avaliações.

Voegelin distribuiu também aos seus alunos de introdução ao direito um manuscrito policopiado intitulado "A simbolização da ordem", registado em 1954, para suplementar as suas lições. O manuscrito era idêntico à introdução ao volume I de *Ordem e história*, publicado em 1956, e não é aqui reproduzido.

As ideias jurídicas do Voegelin maduro, reflectidas n'*A natureza do direito* e no "Plano geral" e "Apontamentos suplementares" do curso de introdução ao direito, desenvolveram-se apenas gradualmente, diz-nos ele, durante os anos entre 1943 e 1950. As suas primeiras publicações de carácter distintamente jurídico eram de alcance bastante mais limitado. Assim, o artigo de 1927, "A teoria pura do direito de Kelsen", e o capítulo "Jurisprudência analítica anglo-americana", em *Über die Form des Amerikanischen Geistes*, de 1928, evidenciavam um interesse na jurisprudência analítica que parece tê-lo fascinado durante os seus anos de estudo sob Kelsen e mesmo mais tarde, quando, após o seu regresso de estudos nos Estados Unidos e em França, ele procurou colocação como *Privat Dozent* em direito na Universidade de Viena (5).

---

(5) Voegelin, *Autobiographical Reflections*, pgs. 62 a 64; Eric Voegelin, *Anamnesis*, traduzido por Gerhart Niemeyer (1978; reimpressão, Springfield, Missouri, 1990), pgs. 9 a 13; Eric Voegelin, "Kelsen's Pure Theory of Law", *Political Science Quarterly*, XLII (1927), pgs. 268 a 276. A *Allgemeine Staatslehre* de Kelsen, sumariando e aumentando as suas obras anteriores baseadas na sua *teoria pura do direito*, foi publicada em 1925 enquanto Voegelin estudava nos Estados Unidos; Eric Voegelin, *Über die Form des Amerikanischen Geistes* (Tübingen, 1928); Voegelin, *Autobiographical Reflections*, pg. 38. Com a publicação de *Der Autoritäre Staat* (Viena, 1936) ele foi promovido à categoria de professor associado, leccionando direito administrativo (Sandoz, *The Voegelinian Revolution*, pg. 48).

No entanto, não se deve presumir que Voegelin foi alguma vez um positivista lógico. Ele parece ter sempre insistido que as ciências da ordem humana tomassem plenamente em consideração a posição do homem na realidade. A sua dissertação de Viena em 1922, por exemplo (diz-nos Voegelin, porquanto aparentemente não existe um exemplar), era sobre "o [problema] ontológico de construir a realidade social a partir das relações entre indivíduos autónomos ou de presumir um elo espiritual pré-existente entre seres humanos". Então, em 1924, ele criticou Kelsen por distorcer a realidade ao limitar o conceito de Estado ao "direito puro" desprovido de conteúdo cultural e filosófico. Por 1928 ou 1929, diz Voegelin, ele acabou por compreender que uma teoria política (e, por conseguinte, podemos concluir, também uma teoria jurídica) "tinha de se basear na filosofia clássica e cristã". Entre 1929 e 1942, as suas experiências com o nacional-socialismo alemão serviram, naturalmente, para intensificar as suas pesquisas sobre as fundações da ordem humana, e estas confirmaram o seu juízo de que a teoria política (e jurídica) se deve basear na realidade toda, e não em parte dela ou em critérios pressupostos ou falsos (6).

Os anos de 1938 a 1942, que poderemos chamar os seus anos de transição, foram também os seus primeiros nos Estados Unidos como residente permanente, os anos em que ele tentava garantir a sua posição no mundo académico americano (7). Possivelmente, ele não estava certo se se fixaria numa faculdade de ciência política ou numa faculdade de direito. Qualquer

(6) Voegelin, *Autobiographical Reflections*, pg. 26; Voegelin, "Reine Rechtslehre und Staatslehre". Ver também *Autobiographical Reflections*, pgs. 21 e 22; *Autobiographical Reflections*, pgs. 38, 24, 25, e 45 a 53.

(7) Voegelin chegou aos Estados Unidos em 1938, leccionou um semestre na Universidade de Harvard, depois no Colégio Bennington e na Universidade do Alabama. Em 1942, ele ingressou na Faculdade departamental de Ciência de Governo da Universidade Estadual da Luisiana e aí permaneceu até 1958 (Voegelin, *Autobiographical Reflections*, pgs. 57 a 59).

associação teria satisfeito Voegelin muito bem, dada a direcção do seu pensamento em desenvolvimento; mas esta possível incerteza pode explicar porque publicou ele, em 1941 e 1942, críticas de quatro livros sobre ciência jurídica e filosofia jurídica.

Cada uma das críticas tem os seus desígnios. Na d'*O direito, o Estado, e a comunidade internacional* (1939), de James Brown Scott, Voegelin admoesta o renomado autor por defender a tese de que o direito tem vindo a evoluir em direcção à expressão da ordem jurídica boa, tentando sustentá-la apenas "pela autoridade de pensadores afins", e ignorando muito da história do direito que não sustenta as suas pretensões. Voegelin critica também o autor por, aparentemente, não reconhecer que uma estrutura de poder na sociedade é tão necessária para a introdução e manutenção da ordem boa, como é capaz de produzir uma ordem má.

As críticas restantes são de livros sobre ciência jurídica ou teoria jurídica. Voegelin acha-as todas deficientes por não congregarem todos os factores relevantes para uma teoria completa do direito. Os seus pensamentos mais simpáticos vão para a *Introdução ao direito* (1940), de Edgar Bodenheimer, por o autor procurar ao menos apresentar o seu assunto em termos da maneira na qual os homens, em diversas épocas da história, experienciaram o fenómeno do direito e procuraram simbolizar as suas experiências. Embora Voegelin não acredite que Bodenheimer tenha ido suficientemente longe nas suas análises ou discussões para produzir uma obra crucial de teoria jurídica, ele declara que a obra fornece uma história excelente da teoria do direito e é apropriada para o seu uso como um texto sobre o assunto. A *Sociologia do direito* (1939), de N. S. Timasheff, é, por outro lado, considerada por Voegelin como inadequada porque o método da sociologia positivista não pode alcançar toda a realidade que se refere ao assunto do direito. Ele não nega o saber imenso do autor ou o valor da sua obra dentro do seu alcance limitado, mas insiste que as abstracções a partir de fenómenos observáveis de carácter jurídico não podem

sustentar uma teoria adequada do que o direito essencialmente é e deve ser.

É na crítica d'*A teoria da ciência jurídica* (1941), de Huntington Cairns, que Voegelin declara mais enfaticamente a sua insistência que uma teoria do direito não se pode basear num modelo de ciência natural, e prossegue ao pormenorizar o que uma teoria da ciência jurídica deve tomar em consideração. Medido pelos padrões de Voegelin, o livro de Cairns foi um falhanço. Cairns declarou que uma ciência *social* do direito — querendo dizer uma ciência modelada sobre as ciências naturais — não existia, mas que uma tal ciência devia ser construída, embora isso exigisse os esforços de muitos sábios durante muitos anos. O método para esta construção, segundo Cairns, seria, primeiro, coligir dados sobre a conduta jurídica humana, observar os seus padrões, e extrair deles princípios gerais descritivos e proféticos — mais ou menos o processo defendido por Timasheff. O segundo esforço seria criar, através da análise das soluções alcançadas em muitos problemas particulares ao longo dos anos, um corpo de princípios éticos baseados empiricamente. Estes princípios éticos poderiam, finalmente, ser empregues, com o conhecimento ganho acerca da conduta jurídica humana, para desenvolver princípios gerais de uma ciência jurídica dirigida para a eliminação da desordem e a criação da ordem.

Mais uma vez, a crítica de Voegelin era essencialmente que uma ciência social não se pode validamente fundar na presunção de que o homem é apenas matéria, ignorando a experiência histórica que o homem tem da sua espiritualidade e tudo o que ele aprendeu acerca de si mesmo. Por ignorar tudo da história e presumir que a humanidade pode ser tratada simplesmente como uma *tabula rasa*, ou como barro a ser moldado, Cairns estava a ser apenas pseudocientífico. A crítica de Voegelin a Cairns é, naturalmente, uma crítica de toda a pretensa ciência social que ignore a espiritualidade do homem, e nisto reside o seu principal mérito.

Os breves comentários de Cairns sobre a crítica de Voegelin foram impressos no fim do artigo ([8]). Poderia ser tentador concluir que Cairns não compreendera a observação essencial de Voegelin, que uma ciência do direito não se poderia basear só em fenómenos empíricos, porquanto ele insistiu na possibilidade de uma ciência jurídica assente num modelo de ciência natural e declarou que o seu livro "não era histórico". Cairns declarou, todavia, também que não analisaria a "ontologia de Voegelin". Assim, pode-se dizer correctamente que Cairns compreendeu o comentário de Voegelin, mas que, rejeitando a espiritualidade do homem e a possibilidade de conhecimento através da filosofia e da religião, como o livro amplamente atesta, ele não poderia esperar por outra ciência jurídica que não uma modelada nas ciências naturais.

O leitor que tenha lido o livro de Cairns pode ficar desapontado com a crítica de Voegelin num aspecto. Voegelin repreendeu Cairns pormenorizada e repetidamente por alegar que uma ciência jurídica não existia, embora pareça que Cairns tenha dito apenas que uma ciência *social* do direito, significando só uma modelada nas ciências naturais, não existia. Os reparos de Voegelin, baseados nessa possível incompreensão de Cairns, não depreciam, todavia, o mérito substantivo da sua crítica básica.

As quatro críticas acima mencionadas podem ser vistas em retrospectiva como preparação para a organização do curso de introdução ao direito e a redacção d'*A natureza do direito*, ainda que mais de uma década os separe. Provavelmente, Voegelin teria prosseguido mais depressa com a última se se tivesse tornado membro de uma faculdade de direito em vez de uma de ciência política.

Robert Anthony Pascal ([9])
James Lee Babin ([10])

([8]) Ver *Louisiana Law Review*, IV (1942), pgs. 571 a 572.
([9]) Professor Jubilado de direito na Universidade Estadual da Luisiana.
([10]) Professor Associado de inglês na Universidade Estadual da Luisiana e editor associado da *Henry James Review*.

A NATUREZA DO DIREITO

por

ERIC HERMANN WILHELM VOEGELIN

Doutor em Ciência Política

Professor de Ciência de Governo

Universidade Estadual da Luisiana

Edição temporária exclusivamente para o uso dos alunos inscritos no curso de Introdução ao Direito (Direito 112) da Faculdade de Direito da Universidade Estadual da Luisiana

PRÓLOGO

Uma indagação acerca da natureza do direito está repleta de dúvidas sobre a sua exequibilidade, pois os filósofos clássicos, Platão e Aristóteles, não tinham uma filosofia do direito. Os problemas que, na nossa moderna teoria jurídica, são tratados sob esta epígrafe apareceram em Platão sob títulos tais como "justiça" ou "ordem verdadeira da *polis*", e em Aristóteles como parte da *episteme politike*, com as suas subdivisões em ética e política. Por isso, quem tenha alguma confiança na perspicácia e na competência dos dois pensadores ficará preocupado, no princípio de uma tal indagação, com o pensamento de que o direito talvez não tenha uma natureza. Uma vez que a única razão para uma coisa não ter uma natureza é a sua falta de estatuto ontológico — o facto de não ser uma coisa concreta, reservada, num qualquer domínio do ser —, surge o problema desagradável de saber se o direito existe.

Se Platão e Aristóteles estiverem certos — se o direito não é realmente uma coisa com uma natureza —, surgirão problemas enormes quanto às circunstâncias históricas sob as quais a ilusão do direito como uma coisa com estatuto ontológico se pôde formar. Mas eu não quero antecipar-me. Os problemas de uma indagação filosófica devem emergir da própria análise; eles

não devem ser introduzidos a partir do exterior, através de alusões a uma autoridade, por muito ilustre que seja. Não se pretende mais do que fazer um aviso ao dizer que a análise pode não correr suavemente e que os resultados podem ser inesperados.

A própria indagação começará, sem olhadelas impróprias, pelos fenómenos jurídicos tal como se apresentam no horizonte contemporâneo do nosso conhecimento quotidiano, pela linguagem quotidiana na qual os juristas falam acerca do direito, e pelos problemas que surgem à superfície dos fenómenos jurídicos através da linguagem quotidianamente em uso.

I

A ORDEM VÁLIDA

Uma vez que toda a gente fala acerca do "direito" como se ele fosse um objecto de conhecimento comum, será apropriado concordar com a presunção e começar a análise com uma observação que levará ao problema da natureza ou essência.

§1 — Essência

O direito, embora nós falemos dele no singular como se houvesse apenas um direito, aparece numa pluralidade de ordens jurídicas aceites como válidas, numa pluralidade correspondente de sociedades. Um conhecimento do direito americano será de reduzida utilidade num julgamento perante um juiz francês; e mesmo um conhecimento completo do direito de propriedade vigente num dos quarenta e oito estados da América, ainda que certamente seja proveitoso, será por si só insuficiente para decidir uma causa em qualquer um dos outros estados.

Antes de entrar na análise da observação, devemos estabelecer a sua legitimidade analítica como distinta da sua verdade.

A observação é verdadeira no seu todo e nas suas partes, mas ela não é uma observação feita ao acaso; ela foi cuidadosamente interpretada no intuito de tornar a linguagem quotidiana transparente para o problema da essência. Um crítico bem poderia afirmar que um jurista, quando fala do "direito", terá habitualmente em mente a ordem jurídica concreta na qual ele está envolvido profissionalmente, e não "o direito" que se manifesta numa pluralidade de ordens jurídicas concretas; e o argumento do crítico seria bem recebido. Não obstante, ele não seria um argumento na análise, mas apenas uma observação adicional dos fenómenos ao nível do conhecimento quotidiano. A este nível, de facto, "o direito" tanto se pode referir à ordem jurídica singular como ao "direito" no sentido a que, neste mesmo nível, o crítico chamaria, com aversão, "metafísico".

Este uso equívoco, correctamente observado, do "direito", fornecerá o ponto de partida para outra linha de análise acerca do problema de que o direito positivo contém *nuances* de aspiração, senão de realização, de um "direito superior". Esta questão de um "direito superior" não pode, todavia, ser levantada no início da indagação, porque o desdobramento das suas implicações requer alguma clareza quanto à questão de saber se o direito tem uma essência. A legitimidade analítica da observação inicial, como distinta da sua verdade, está dependente da ordem em que os problemas surgem da análise; ela não é afectada por uma observação alternativa igualmente verdadeira acerca de fenómenos que, em parte, se sobrepõem aos da primeira observação.

A distinção entre a verdade e a legitimidade analítica da observação, além de ter a sua relevância para a teoria da ciência, tem a sua importância prática para a compreensão da teoria jurídica contemporânea. Muita da confusão a esse respeito é causada pela oposição antagónica entre observações fenomenais alternativas. O penoso resultado é que, sob o nome de "teoria", as generalizações feitas a partir de observações pré-analíticas parciais tomam o lugar da análise.

Considerando que a legitimidade da observação inicial apenas pode ser demonstrada através do seu papel no desdobramento da análise, ela foi por agora garantida suficientemente contra os argumentos de nível fenomenal. Para regressar à análise, recordemos a primeira frase da observação inicial: o direito, embora nós falemos dele no singular como se houvesse apenas um direito, aparece numa pluralidade de ordens jurídicas aceites como válidas, numa pluralidade correspondente de sociedades. Esta frase sugere que "o direito" é algo como um agregado essencial de regras, uma espécie ou forma, individualizável numa pluralidade de ordens jurídicas, da mesma maneira que uma espécie biológica é individualizável numa pluralidade de espécimes. Se fosse este o caso, a pesquisa da natureza do direito poderia ser conduzida por comparação do maior número possível de ordens jurídicas, com a finalidade de descobrir as regras que têm em comum. Se fosse descoberto um agregado de regras comuns a todas as ordens jurídicas, ele seria considerado a essência do direito, e as regras de conteúdos variáveis poderiam ser consideradas propriedades não-essenciais dos indivíduos da espécie "ordem jurídica". Classificações deste tipo "botânico" podem, todavia, desencaminhar qualquer um, e uma pesquisa da essência não está completa até que a análise tenha "dissolvido" os fenómenos em conceitos.

Neste momento, todavia, não precisamos de entrar nas minúcias da análise completa ou incompleta, perfeita ou imperfeita, por o resto da observação inicial [que os conteúdos das diversas ordens jurídicas não são idênticos] sugerir que a relação de espécie e individuação não se aplica no caso de a ordem jurídica ser compreendida como um agregado de regras válidas. Em contraste com a maneira pela qual as variações de tamanho entre indivíduos da mesma espécie animal se podem distinguir como propriedades individuais que nada têm a ver com as suas características essenciais, "o direito" no sentido de uma ordem jurídica concreta — "o direito" em que um jurista está profissionalmente envolvido — não permite uma distinção entre regras essenciais e regras negligenciáveis como

não-essenciais. No direito do jurista profissional toda a regra é "essencial" se tiver uma relação com o seu caso, mesmo que a regra em particular não ocorra em nenhuma outra ordem jurídica conhecida.

O obstáculo a uma distinção entre regras essenciais e não-essenciais consiste naquela qualidade da regra jurídica a que nós nos referimos como a sua "validade". Num estudo comparativo das ordens jurídicas compreendidas como agregados de regras jurídicas (se alguém empreendesse um tal estudo com o propósito de descobrir a natureza, ou essência, do direito), uma regra em particular poderia ser classificada como uma singularidade não-essencial, ocorrendo apenas num exemplo solitário. No entanto, a regra seria "válida" no interior da sua ordem, e nenhum jurista consideraria diminuída a sua validade pela singularidade da sua ocorrência. À superfície dos fenómenos que entraram na observação, a validade parece ser, por conseguinte, melhor do que a essência, a categoria sob a qual "o direito" deve ser abordado.

Terá a análise, então, partido de um começo errado, se ela procurou pela essência onde devia ter procurado pela validade? Certamente que não, pois a análise é a pesquisa da essência, e ela conseguirá o seu intento apenas quando a experiência pré-analítica dos fenómenos se dissolver em conceitos que se refiram a uma essência. Se, por ocasião deste primeiro passo, a análise tropeçar no problema da validade, é a observação inicial que é defeituosa, não a análise. Talvez, tal como nós já suspeitávamos, o direito como um agregado de regras válidas não seja uma coisa com uma natureza. Mas nós não podemos deixar ficar as coisas com esta suspeita. Seria contra o senso comum partir do princípio de que a nossa experiência pré-analítica do direito é uma ilusão, mesmo que a presunção de que ele é uma coisa com um estatuto ontológico próprio seja uma ilusão semelhante. O direito é certamente alguma coisa, mesmo que se demonstre ser apenas um fragmento de uma entidade mais abrangente. As dificuldades do momento não significam o fracasso da análise, mas, se forem devidamente

meditadas do princípio até ao fim, tornar-se-ão o estímulo para o seu aprofundamento.

Dois corolários ajudarão, em conclusão, a abrir o caminho ao eliminar formalmente as duas construções erradas que se sugeriram por si mesmas nesta primeira fase da análise:

1 — O problema da essência do direito torna-se desconcertante quando somos confrontados com a validade que permeia tão completamente a ordem jurídica que nenhuns elementos não-essenciais são deixados de fora. Se a análise parasse neste ponto, poder-se-ia encontrar uma construção teórica que satisfaria a situação. Nós poderíamos presumir que "o direito" não é um género individualizado em espécies pelas ordens jurídicas das sociedades concretas, mas que todas as regras de todas as ordens são igualmente da essência do "direito" e formam o único espécime de uma extensa espécie. A análise filosófica do "direito" seria, então, reduzida a um catálogo das ordens e regras que compõem esta extensa espécie. Uma tal construção não é, todavia, recomendável.

Nós sabemos da experiência quotidiana que um número considerável de ordens jurídicas têm certos traços típicos em comum, tais como o direito civil, o direito penal, o direito comercial, o direito administrativo, os direitos processuais correspondentes, e etc.. Como veremos, a construção, se for adoptada, evitará a exploração de estruturas típicas na ordem jurídica que não aparecem enquanto o direito for concebido apenas como um agregado de regras válidas. A observação inicial é, assim, fragmentária porque apenas revela um pequeno segmento dos fenómenos do direito; e uma construção que apenas é adequada a um pequeno segmento da nossa experiência do direito, mas que pretende ser uma descrição exaustiva da "natureza do direito", deve ser rejeitada como errada.

A cautela é indicada, não obstante, porque a observação, embora fragmentária, era verdadeira, e a sua construção do direito como uma extensa espécie, mesmo que seja errada, ainda pode conter algum grão dessa verdade. Toda a regra jurídica é realmente válida no interior da sua própria ordem; algo há na

concepção do direito como uma extensa espécie composta por
um único espécime, embora neste momento nós não estejamos
preparados para explorar o que esse algo seja.

2 — Se a construção precedente, embora tenha de ser
eliminada pelas razões apontadas, satisfaz, ao menos nesta fase,
o problema das regras válidas, então a construção anterior do
problema da essência está certamente errada. A tentativa de
encontrar a natureza do direito através da comparação de
diferentes ordens jurídicas, na esperança de encontrar a essência
como um agregado recorrente de regras jurídicas, deve ser
abandonada como absurda. Mesmo que um tal agregado recor-
rente pudesse ser encontrado (embora ninguém o tenha ainda
encontrado), ele não teria nenhum valor cognitivo, pois nós
sabemos através da nossa experiência quotidiana do direito que
a validade de toda a regra individual na ordem concreta é, de
algum modo, "da essência do direito" — o que quer que essa
frase possa querer dizer quando submetida a análise ulterior.
Este elemento, à primeira vista, da essência, não deve ser
sacrificado a uma construção que transfira o modelo das ciên-
cias biológicas para o caso do direito, o qual tem obviamente
uma estrutura ontológica completamente diferente.

A abordagem enciclopédica a uma filosofia do direito, isto
é, a tentativa para determinar a essência do direito por compa-
ração de uma pluralidade de ordens jurídicas, não é nova. Ela
fez a sua primeira aparição no período sofístico, no século V
a.C.. No seu diálogo 'Protágoras', Platão apresenta o sofista
Hípias, empenhado nesta tentativa.

§2 — Substância e existência

O ataque analítico ao problema da essência foi vencido por
agora. Se nós devemos rejeitar a construção de uma extensa
espécie única de todas as regras válidas de todas as ordens
jurídicas como indicando a essência do direito, então revertemos
às ordens jurídicas concretas enquanto unidades da observação.

Além disso, se nós também devemos rejeitar a distinção entre
regras essenciais e não-essenciais dentro do "direito" compre-
endido como um agregado de regras válidas, então a indagação
acerca da natureza do direito atingiu um impasse. Nós devemos
recuperar o ímpeto da análise através do regresso à experiência
pré-analítica do direito.

Uma vez que a validade do direito parece ser a fonte do
transtorno, será aconselhável meditar em torno do nosso conhe-
cimento quotidiano acerca da validade de uma ordem jurídica
e das suas regras componentes. Nós não procuraremos uma
definição porque, sem dúvida, as definições surgem no fim de
uma análise, e não no seu princípio. O que agora nos interessa
é precisamente a linguagem quotidiana que ainda não sofreu de
requintes analíticos, a linguagem na qual as coisas ainda fazem
sentido. Apenas a partir da linguagem quotidiana dos juristas,
a partir da superfície fenomenal do seu uso, podemos esperar
orientação para a solução dos nossos problemas.

Neste nível quotidiano, nós falamos de regras jurídicas
devidamente decretadas na forma estatuída por lei, como, por
exemplo, numa lei do Congresso, como regras válidas de direito.
Antes de serem decretadas, elas não eram válidas; se elas estão
em conflito com leis anteriores, as regras decretadas em momen-
to anterior no tempo serão inválidas; se uma lei posterior entrar
em conflito com a lei actual, as regras que se tornaram válidas
através da lei actual serão inválidas. *Lex posterior derogat
priori* — a lei posterior invalida a lei anterior. E etc..

A partir deste complexo de conhecimento quotidiano, aceite
geralmente como verdadeiro entre juristas, pode começar mais
do que uma linha de análise, mas nós não podemos segui-las
todas ao mesmo tempo. Há, por exemplo, a linguagem da
"decretação", de "leis do Congresso", sobre a qual parece
depender a validade da regra. O problema levantado por esta
linguagem será adiado para tratamento posterior. Por agora, nós
concentrar-nos-emos na validade que vai e vem, que se pode fa-
zer aparecer e desaparecer no tempo. A ordem jurídica, consis-
tindo em tais regras válidas, parece ter uma dimensão temporal;

ela parece ser, afinal, uma entidade que existe no tempo. Talvez o elemento da validade que provou ser um obstáculo para a clarificação da essência do direito ajude a determinar a maneira de existir do direito. Qualquer que seja o resultado do ataque ao problema da existência, talvez ele torne mais tratável o problema da essência.

Nós começaremos a partir da presunção quotidiana de que as ordens jurídicas existem realmente. Enquanto algumas regras de uma ordem jurídica perdem a sua validade, outras regras tornam-se válidas. Há um ganho e uma perda de regras válidas. A ordem jurídica muda, mas não muda em todas as suas partes ao mesmo tempo; permanece, de uma mudança para outra, um corpo imutável de regras suficientemente amplo para reter a identidade da ordem. A ordem jurídica do momento não dá lugar a uma ordem nova, mas "muda". O problema de uma coisa preservar a sua identidade enquanto sofre mudanças ao longo do tempo não parece ser diferente, no caso da ordem jurídica, dos casos de coisas noutros domínios do ser. Uma rocha pode ser erodida pelo vento e pela chuva, mas nós reconhecêmo-la como a mesma rocha desde que as mudanças sejam suficientemente lentas; se, todavia, sob algum impacto, a rocha se fragmentar em diversas partes, nós somos levados a falar das partes como rochas distintas, mesmo que saibamos da sua conexão com a rocha maior anterior. Quando as plantas ou os animais crescem e desaparecem e, durante um período de tempo, através do metabolismo, mudam completamente a composição material do seu organismo, nós falamos de mudanças na mesma planta ou animal enquanto a forma orgânica for conservada; mas, se a forma orgânica se decompuser através da morte, nós já não falamos dos processos resultantes como de mudanças no indivíduo. O caso da ordem jurídica é similar àqueles há pouco descritos — ou, pelo menos, assim parece.

Contra esta presunção quotidiana, todavia, nós devemos opor os resultados que foram garantidos pelo primeiro passo da análise. A ordem jurídica parece ser completamente válida, e a validade, como dissemos, é "da essência do direito". Nós não

podemos distinguir entre regras essenciais e não-essenciais, como distinguimos entre mudanças essenciais e não-essenciais; nem podemos encobrir o ganho e a perda de regras válidas por comparação com as mudanças em coisas noutros domínios do ser. O caso do direito deve ser tratado pelos seus próprios méritos. Se nós presumimos que uma ordem jurídica é um agregado de regras válidas, devemos fazer a pergunta de novo: o que sucede à ordem jurídica se alguma das suas regras componentes for invalidada por uma lei posterior? Será a ordem jurídica, após a invalidação de uma das suas partes componentes, ainda a mesma entidade como dantes, apenas ligeiramente mudada; ou será que cada eliminação ou adição de regras ao agregado cria uma ordem jurídica nova? A resposta é inevitável: se a ordem jurídica se identifica como um agregado de regras válidas, cada agregado que difira quanto às suas partes componentes de qualquer outro agregado deve ser considerado um indivíduo diferente da espécie "ordem jurídica" (suspendendo por agora todas as questões acerca de espécie e individuação). Cada vez que o Congresso decreta uma lei, o resultado será uma ordem jurídica nova; e se o Congresso estiver atarefado, assistiremos ao espectáculo de várias ordens jurídicas sucedendo-se umas às outras no decurso de um só dia.

Nenhum jurista aceitará este veredicto como definitivo. Ele insistirá na sua linguagem quotidiana, na qual o direito muda neste ou naquele ponto de vista através de uma lei nova, enquanto a identidade da ordem jurídica não é prejudicada pela entrada ou saída de um certo número de regras válidas. Em face desta insistência, todavia, também o filósofo terá de ser insistente. O veredicto é, na verdade, definitivo porque é analiticamente necessário. Não é possível nenhum compromisso. Nós apenas podemos encontrar a saída para este conflito reconhecendo que, na nossa experiência quotidiana, nós sabemos acerca de uma ordem jurídica que não é um agregado de regras jurídicas, mas uma sequência de tais agregados.

A fim de levar mais longe a análise, nós devemos introduzir um outro fenómeno pré-analítico do direito. Nós devemos

estudar agora as circunstâncias fenomenais que, ao nível da linguagem quotidiana, induzem a linguagem do direito [ordem jurídica] que muda.

Um destes fenómenos é, naturalmente, a já mencionada entrada e saída de regras num corpo de direito que permanece constante no seu cerne, a qual sugeriu a analogia com as coisas em mudança noutros domínios do ser. A analogia, todavia, ao menos neste nível superficial, provou ser impraticável. Poder-se-ia, então, tentar penetrar mais profundamente nos exemplos análogos a fim de descobrir com maior precisão o que, nestes exemplos, induz a noção que uma coisa pode permanecer a mesma, embora sofra mudanças ao longo do tempo. O exemplo da rocha não será de grande utilidade para este propósito. As rochas são notoriamente duras; e nada é tão difícil de compreender como a natureza de uma rocha muda — como sabe qualquer filósofo que o tenha tentado. Os organismos são muito mais acessíveis. Há habitualmente constantes morfológicas que permitirão uma primeira percepção acerca da natureza do indivíduo; e, com o progresso da genética, torna-se possível um alto grau de compreensão etiológica das constantes fenotípicas. A ideia de encontrar na ordem jurídica algo como uma forma orgânica é, ao menos, sugestiva, mas as probabilidades não parecem boas, pois tanto a distinção entre as características essenciais e não-essenciais como a relação entre forma constante e substância mutável já esbarraram no obstáculo da validade. A ordem jurídica que consiste numa sucessão de agregados de regras válidas terá de conter um factor que nós ainda não descobrimos.

O jurista do nível pré-analítico estará muito ansioso por fornecer o factor em falta, e talvez se admire porque é que ele não foi introduzido antes na análise. A resposta, embora a sua simplicidade se revele enganadora, é óbvia: uma série de agregados considera-se uma ordem jurídica se os elementos da série forem criados sucessivamente por um processo constante — no nosso caso americano, pelo processo previsto na Constituição. O processo constante, embora não seja uma forma orgânica

presente nos agregados de regras por si produzidas, fornecerá, não obstante, o elo entre elas.

A resposta parece convincente à primeira vista, mas logo que se considere a noção da validade em relação à ordem jurídica considerada como uma série de agregados, haverá dúvidas quanto a ter sido encontrada a solução para o problema. Sem dúvida, em qualquer dada altura existe um agregado de regras válidas mesmo sob o conceito novo de ordem jurídica; mas o que acontecerá às regras que já não são válidas ou estão "em vigor", como nós dizemos, mas ainda assim pertencem à ordem jurídica no sentido novo de uma sucessão de agregados mantidos juntos pelo processo? Em que limbo de não-validade elas desapareceram? E, se nós devemos colocar esta questão relativamente às regras que em dada altura foram válidas, não devemos colocar também a questão de saber de que paraíso do futuro vêm as regras válidas actuais? Esta última questão deve ser colocada porque, especialmente na expressão *de lege ferenda* [direito constituendo], a prática jurídica possui um termo para a discussão de regras que não são partes válidas da ordem jurídica actual, mas que estão a ser tomadas em consideração para a recepção como tais.

Assim, a ordem jurídica no segundo sentido é composta de regras válidas e não-válidas; ela tem uma estrutura temporal nítida de um presente de validade, com uma dimensão passada de regras que foram válidas e uma dimensão futura de regras que possivelmente se tornarão válidas. Além disso, como parece a partir desta linguagem, as regras passadas e futuras da ordem jurídica não são regras inválidas sem uma qualificação ulterior. Elas não incluem as regras passadas ou futuras de outras ordens jurídicas, ou regras que não são presentemente válidas na ordem dada mas que são presentemente válidas noutras ordens coexistentes, ou regras que nascem da imaginação fértil de alguém mas não são regras válidas em nenhuma ordem jurídica em tempo algum. As regras não-válidas de uma dada ordem jurídica têm um estatuto definido como regras anteriormente

válidas ou como regras *de lege ferenda* em relação às regras presentemente válidas da própria ordem.

Obviamente, a presunção inicial do direito como um agregado de regras válidas é demasiado estreita à luz destas reflexões. Uma filosofia do direito, se quiser tornar explícitos os significados contidos no conhecimento pré-analítico do direito, não se deve restringir a uma teoria do direito positivo, isto é, do direito válido num qualquer dado presente de uma ordem jurídica. O conhecimento pré-analítico e a linguagem dos juristas acerca do seu direito vão para além do cruzamento do direito positivo com áreas de que podemos falar provisoriamente, sem uma clarificação analítica ulterior no momento, como a história do direito e o direito constituendo. Nós podemos relembrar agora a construção prévia do direito como a extensa espécie composta por todas as regras válidas de todas as ordens jurídicas. Ainda que nós rejeitássemos a construção, acautelámos o facto de poder haver "algo" nela, e uma parte desse "algo" torna-se agora visível.

§3 — O problema zenónico

Os problemas há pouco esboçados possuem um alto grau de complexidade. Antes de nós os abordarmos, devemos analisar diversas questões mais próximas. Embora estas questões preliminares sejam estruturalmente mais simples, a sua análise revelará que o recurso ao processo constante estabelecido pela Constituição, como o elo entre agregados de normas, não resolve a questão da ordem jurídica como uma entidade identificável existente no tempo. Como os agregados de regras se sucedem no tempo, a validade parece tornar-se algo como um holofote, movendo-se ao longo da série de agregados. Cada elemento da série é tocado por essa luz por um momento, apenas para tornar a submergir nas trevas da invalidade, enquanto a luz se move em direcção aos agregados futuros ainda não válidos. O direito torna-se um fluxo de regras, nenhuma dèlas inerentemente

válida, atravessando o presente da validade como se fosse um estreito. Todavia, mesmo estas metáforas, embora transformem o direito num fluxo de regras essencialmente não-válidas e reduzam a validade a uma qualidade passageira, não são ainda suficientemente radicais para diminuir a existência do direito como uma ordem jurídica válida. Porque a ordem jurídica não consiste apenas nas regras gerais decretadas pelas leis, as quais estão habitualmente "em vigor" durante um período de tempo apreciável e emprestam a sua aparência de uma duração ainda por analisar à "validade" na linguagem comum; ela consiste também, e tão eminentemente, de decisões judiciais.

Se agora nós nos lembrarmos de que a decisão judicial é o ponto no qual "o direito" se torna válido para o caso concreto, e se nós nos lembrarmos da aura de incerteza que rodeia qualquer litígio sério, nós devemos admitir que nunca sabemos qual é realmente o agregado de regras válidas enquanto o tribunal não pronunciar a sua decisão no caso concreto. Uma vez que o tribunal pronuncie a sua decisão, o agregado específico cuja validade se tornou completa com a decisão, e com isso incorpore a decisão em si mesmo, já pertence ao passado. Se, por conseguinte, a validade é "da essência do direito", e se qualquer agregado de regras na série chamada ordem jurídica pertence ou a um passado no qual já não é válido ou a um futuro no qual ainda não é válido no caso concreto decisivo, então "o direito" parece ter desaparecido inteiramente do domínio dos existentes.

O resultado é paradoxal no sentido técnico dos *paradoxa* zenónicos. E será bom recordar a estrutura do paradoxo a fim de encontrar a saída deste impasse novo. O paradoxo mais simples é o do corredor: é impossível para o corredor alcançar a meta porque ele tem de passar através de uma infinidade de pontos. Um exemplo famoso do paradoxo é o de Aquiles e da tartaruga. Aquiles, em perseguição da tartaruga, nunca pode apanhá-la. Ele tem de alcançar primeiro o ponto a partir do qual a tartaruga começou; quando ele alcança esse ponto, tem então de alcançar o ponto no qual a tartaruga está agora; e assim por

diante *ad infinitum*. E vós recordareis outros exemplos do paradoxo, tal como o da flecha voadora que permanece imóvel. Todos estes paradoxos têm a sua origem na tentativa de descrever o movimento de uma coisa, movendo-se continuamente em tempo contínuo, por meio da infinidade de pontos estáticos sobre uma linha representando o tempo, em cada um dos quais pontos a coisa é concebida em repouso. A tentativa não terá êxito, todavia, porque a sucessão de pontos estáticos, por mais próximos que nós os deixemos sucederem-se uns aos outros, nunca se pode tornar o *continuum* de uma coisa em movimento.

Nós podemos compreender o impasse actual da análise em termos de problemas zenónicos. Nós compreendemos a ordem jurídica, primeiro, como um agregado de regras válidas e, depois, como uma série de tais agregados ligados pelo processo constitucional. A ordem jurídica no primeiro sentido é o ponto estático numa dimensão temporal criada pelo processo constitucional; e a ordem jurídica no segundo sentido é o *continuum* concebido como uma série de pontos estáticos sobre a linha. A sucessão dos pontos estáticos nunca correrá simultaneamente com o *continuum* autêntico de uma coisa que existe realmente no tempo.

Esse é um resultado desolador, porque a análise filosófica tem o propósito de tornar explícito o sentido contido no conhecimento quotidiano; ela não tem o propósito de o tornar absurdo, nem mesmo se o absurdo tiver a elegância intelectual de um *paradoxon* zenónico. Mais uma vez, nós devemos voltar à experiência pré-analítica para orientação, porque a experiência quotidiana não provou ser uma ilusão mesmo se, no decurso da sua análise, o objecto desaparece da existência. O resultado proporciona, antes, razões para suspeitar que as suas premissas eram defeituosas. Nós presumimos ser a ordem jurídica um agregado de regras válidas e, então, expandimos o significado para o de uma série de tais agregados ligados pelo processo constitucional. Uma vez que estas presunções conduziram ao resultado paradoxal, a conclusão deve ser ou que a ordem jurídica não é de modo nenhum um agregado de regras válidas,

ou que a linguagem de "regras" e "validade" contém significados que nos escaparam, ou que a natureza do direito não pode ser determinada, a não ser que os agregados de regras válidas sejam colocados em contextos da experiência quotidiana que até aqui não estiveram sujeitos à observação.

A escolha entre estas conclusões variadas será restringida, ao menos até certo ponto, se nós formularmos o importante resultado intermédio desta segunda fase da análise: nenhuma teoria do direito pode ser construída, sem incorrer no paradoxo zenónico, se a teoria se basear na presunção de que uma ordem jurídica é um agregado de regras válidas, ou normas, e nada mais do que um tal agregado. A dificuldade surge do facto de que um domínio de significados, tais como os significados das normas jurídicas, não tem dimensão temporal. Os significados podem-se referir a objectos, eventos e acções no tempo, mas eles mesmos não são temporalmente existentes. A validade de uma regra, o seu carácter normativo, faz parte do seu significado, mas não lhe confere um estatuto ontológico. Uma construção teórica que se baseia no carácter normativo das regras está amarrada ao carácter "estático" do seu significado e não pode romper caminho em direcção ao *continuum* da existência no tempo.

Este resultado intermédio é, certamente, negativo. Considerando, não obstante, o estado de confusão intelectual na teoria jurídica contemporânea, o resultado em si mesmo, bem como o método pelo qual ele foi alcançado, não deve ser subestimado. A plétora de teorias jurídicas, a variedade desconcertante de posições existentes no nosso tempo, é causada pela má vontade em submeter a análise as verdades parciais que podem ser extraídas em grande número da experiência pré-analítica do "direito". Elas são deixadas no estádio de presunções iniciais por analisar. Sempre que, por conseguinte, a nossa análise revela o carácter parcial de uma presunção, nós não só fizemos progredir a pesquisa acerca da natureza do direito através da descoberta da necessidade de presunções ulteriores, mas, ao mesmo tempo, desembaraçámo-nos de um corpo considerável de

especulação e controvérsia que cresceu em redor de uma "teoria" parcial por analisar.

À luz destas reflexões, finalmente, nós devemos eliminar uma linha de construção teórica que pode parecer tentadora neste segundo estádio da análise. Nós estudámos a ordem jurídica como o agregado de regras válidas e como a série de tais agregados. Mas o que é que aconteceu ao processo constitucional que fornecia o elo entre os dois fenómenos? Não será possível que a existência da ordem jurídica no tempo, a qual não pôde ser encontrada nem nos agregados nem nas suas séries, se encontre no processo constitucional? A ideia é sugestiva, mas a tentativa de impelir a análise nesta direcção terminará também em desapontamento, porque o processo constante fornecido pela constituição deve ser ele mesmo descrito em termos de regras válidas. Uma constituição em sentido material é o agregado de regras acerca da organização, jurisdição e processo dos órgãos supremos de governo numa sociedade. Mais uma vez, nós estamos diante de um agregado de regras. E, no que respeita à existência da ordem jurídica, nada foi obtido pela adição do agregado de normas constitucionais a tais agregados como o direito civil ou criminal. O facto de que um domínio de significados não tem uma dimensão temporal não é abolido pelo conteúdo específico de um conjunto de regras. A validade eterna da regra não adquire existência no tempo simplesmente porque o conteúdo da regra diga respeito a um processo no tempo. As formulações restritivas do parágrafo precedente devem, por conseguinte, ser agora completadas pela compreensão de que a dimensão temporal de uma ordem jurídica não pode ser estabelecida subindo ou descendo numa hierarquia de subagregados ligados por regras de processo. A constituição pode delegar poderes legislativos a órgãos de governo; os órgãos legislativos podem criar regras gerais e delegar novos poderes regulamentares a tribunais e a organismos administrativos; e estas linhas de delegação podem, além disso, ser articuladas por uma plétora de organismos legislativos intermédios. Mas, com todas estas complicações da ordem jurídica num Estado moderno, não

se obtém nenhuma dimensão temporal. Nós ainda nos movemos num domínio de significado, embora este domínio tenha agora adquirido a estrutura de uma hierarquia de normas. Nenhuma expansão de uma teoria jurídica que abarque uma hierarquia de regras ligadas pelo processo e pela delegação pode evitar o problema zenónico.

II

A ORDEM VÁLIDA E O CONTEXTO SOCIAL

A análise explorou o agregado de regras válidas sob as categorias de essência, substância e existência. O resultado é negativo. Não se pôde encontrar nenhuma coisa com um estatuto ontológico. Os fenómenos que provaram ser insuficientes como uma base para a construção teórica devem ser agora completados com fenómenos contextuais que apareceram mais de uma vez na margem da análise, mas que foram então desatendidos no interesse da sua condução metódica.

§1 — A hierarquia de regras válidas. O processo de criação do direito. A ordem da sociedade em geral

Por ocasião da primeira observação, nós reparámos que um jurista, quando ele fala do "direito", não quer significar necessariamente o direito [como uma espécie] que é individualizado numa pluralidade de ordens jurídicas, mas antes o direito concreto no qual ele está envolvido profissionalmente. Esse

direito é, para cada jurista, o direito do seu país em todos os níveis de centralização e descentralização, tal como o direito federal, o direito estadual e os estatutos locais. Neste sentido, nós falamos do direito americano, inglês ou francês como a ordem jurídica de certos países. O país específico surge como o caso de uma sociedade que "tem" uma ordem jurídica, e o direito surge como algo inerente a uma sociedade. Então, por ocasião da segunda observação, nós usámos linguagem que indicou a existência de uma organização com o propósito de "criar" as regras que, depois de terem sido criadas, são partes do agregado de regras jurídicas. Nós falámos de regras jurídicas criadas por leis do Congresso, de decisões tomadas por tribunais e órgãos administrativos, e etc..

Parece que nós podemos fazer progredir a análise, por conseguinte, ao desviarmo-nos das regras como um domínio autocontido de significado, para a sociedade na qual os seres humanos, sob a denominação de órgãos de governo, criam o direito, presumivelmente com um propósito. Isso não quer dizer que as regras, os agregados de regras e o problema da sua validade tenham de ser abandonados como irrelevantes. Pelo contrário, nós veremos o problema da validade repetir-se com novas complicações neste estado ulterior da análise. O sentido que fazem os fenómenos enumerados na nossa experiência quotidiana está, não obstante, estreitamente ligado com o contexto social no qual eles se apresentam: uma decisão judicial não é meramente uma regra válida, mas declara, com consequências sociais, o que o direito é no caso concreto sob julgamento. As regras gerais do nível legislativo fornecem os tipos aos quais os juízes e os funcionários administrativos têm de ajustar as suas decisões individuais nos casos concretos. As regras constitucionais fornecem, por outro lado, os processos e o âmbito dos poderes para os órgãos de governo que formularão os tipos gerais, os quais se aplicarão, por seu turno, a casos concretos ao nível de decisões individuais. A hierarquia elaborada de subagregados na ordem jurídica (dos quais nós não indicámos mais do que exemplos representativos) está imbuída

do fim de particularizar "o direito" para relações concretas entre seres humanos.

A linguagem do "fim" deve, todavia, ser usada com cautela. Seria fácil descarrilar neste momento nos "fins do direito" no sentido de "ideais" variegados, não muito bem definidos, propostos nesta ou naquela variedade de jurisprudência teleológica. No momento, nós estamos preocupados, não com os fins específicos de uma medida legislativa, mas com a maneira pela qual as regras jurídicas se ajustam fenomenalmente ao contexto social, com a maneira pela qual elas participam na existência, mesmo que não tenham existência autónoma. Além disso, esta maneira de participação é muito mais intrincada do que sugeriria a linguagem das relações meios-fins. Não obstante, o termo *fim* é indispensável, como nós veremos, a fim de salientar a afinidade peculiarmente relevante entre o "direito" e a sociedade que o tem.

O padrão intrincado, no qual as regras jurídicas se entrelaçam com a realidade social, tornar-se-á evidente através de uma breve consideração da hierarquia das regras e dos agregados de regras. Pode-se, sem dúvida, considerar a ordem jurídica com a sua estrutura hierárquica como um domínio de significados. O conteúdo de uma lei pode receber o estatuto de regras válidas numa ordem jurídica se a lei for decretada pelo órgão legislativo competente de acordo com as regras processuais da constituição, e se, além do mais, o seu conteúdo não estiver em conflito com regras substantivas, tais como as que uma constituição escrita pode fornecer. O conteúdo de um acto administrativo pode-se considerar válido se o acto assentar numa autorização indicada por uma lei que não seja ela mesma inconstitucional — e etc., através da hierarquia jurídica até às decisões individuais derradeiras. O resultado do exame pode ser exposto sob a forma de um tratado, por exemplo, sobre o direito civil válido de um país, extraindo as suas "fontes" de regras constitucionais, regras legais, decisões judiciais, *et cætera*.

Num tal tratamento "dogmático" [doutrinário] do direito, todavia, o entrelaçamento actual das regras jurídicas com o

processo social da sua criação não se tornará explícito; porque a acção legislativa requerida para produzir as regras válidas da lei não é, em si mesma, nem uma regra constitucional nem uma regra legal, mas uma série de acções de seres humanos particulares. O mesmo é verdadeiro ao nível das decisões individuais. As deliberações de um júri e a pronúncia de um veredicto, por exemplo, não são o veredicto em si mesmo, e o processo de raciocínio do juiz e a sua pronúncia da sentença não são a sentença como uma regra válida. Os níveis de regras válidas na hierarquia de uma ordem jurídica, por conseguinte, não só são distinguíveis como tais pela lógica da delegação processual, mas também estão separados entre si na realidade social através dos actos disseminados da sua criação.

Estes actos de criação do direito aos vários níveis, além disso, não são meramente actos numa esfera social de carácter não-jurídico, mas participam da "natureza do direito" porquanto eles mesmos devem ter carácter jurídico a fim de produzir regras válidas. A declaração de regras gerais por qualquer um não constitui uma lei com um conteúdo juridicamente válido. Uma lei resultará apenas quando homens específicos num padrão específico de acção, isto é, quando membros de uma legislatura constituídos e agindo na forma prevista pela constituição acordam em certas regras. O mesmo argumento aplica-se às decisões individuais de tribunais e de organismos administrativos. Uma realidade social de acções válidas imbrica-se com o direito como um agregado de regras válidas. Certos actos de seres humanos produzem regras válidas se eles forem reconhecíveis como actos criadores de direito à luz de outras regras, e estas, por sua vez, são regras válidas à medida que elas forem formuladas através de actos reconhecíveis como actos criadores de direito ainda sob outras regras, e etc..

A noção de uma hierarquia de regras válidas deve, assim, ser expandida num processo de criação do direito no qual regras e actos criadores de regras alternam. Este processo desagua, finalmente, na vasta realidade da sociedade que "tem" o direito que é feito no processo. Mesmo esta vasta realidade para além

do processo de criação do direito em sentido técnico tem, todavia, um modo de participar do direito. Embora nós não falemos de homens de negócios como legisladores, os seus contratos terão força de lei entre eles se redigidos de tal forma que os tribunais reconheçam a sua força obrigatória e atribuam certas consequências ao seu não-cumprimento. As regras do direito contratual fornecem tipos de acordos, não só para o juiz que tem de decidir um caso quando ocorra perante ele, mas também para as pessoas que querem entrar num acordo contratual. As partes contraentes fazem de facto regras válidas, obrigatórias por si mesmas no sentido de que as suas próprias acções futuras podem ser entendidas como cumprimento ou não-cumprimento do acordo. Estas acções criadoras de direito dos membros da sociedade que vivem sob o direito são tão frequentes e tão importantes que a assistência profissional em tais acções forma o segmento maior do negócio dos advogados. As relações entre seres humanos numa sociedade têm, assim, numa larga medida, estrutura jurídica.

O carácter jurídico da realidade social é, todavia, ainda mais penetrante do que parece ser se nós não considerarmos nada mais do que as regras específicas criadas pelos membros da sociedade para si mesmos. O direito, por exemplo, não fornece apenas tipos para actos que, por se conformarem com um padrão prescrito, adquirem o carácter de actos criadores de direito; ele também fornece tipos para actos que, por se conformarem ainda com outros padrões, adquirem o carácter ou de actos lícitos ou de "violações" do direito. No último caso, a conduta humana torna-se juridicamente relevante precisamente quando ela é "ilegal" no sentido de um delito de direito civil ou criminal. O homem que nada faz de todo para atrair a atenção do "direito", favorável ou desfavoravelmente, é o homem cuja conduta participa mais completamente da natureza do direito. Por implicação, então, o homem que não viola o direito é o homem que o observa. Esta implicação torna-se explícita na nossa experiência quotidiana do direito e da sociedade, quando ao transgressor nós contrapomos "o cidadão cumpridor".

A este respeito, a linguagem quotidiana é especialmente ilustrativa, porque ela tem um rico vocabulário para os tipos intermédios de conduta entre a obediência e a transgressão. Nós falamos de homens que observam a letra da lei enquanto violam o seu espírito; que usam atalhos; que são espertos o bastante para não serem apanhados; que sabem como manter-se longe de sarilhos e não se envolver com os tribunais; que descobrem buracos no direito; que têm advogados espertos com o fim de usar, ou antes de abusar, do direito probatório para obter uma absolvição, embora obviamente o crime tenha sido cometido; e etc.. Todas estas categorias quotidianas revelam uma compreensão completa de uma relação tão íntima entre o direito e a sociedade que toda a existência do homem em sociedade está impregnada com "direito", mesmo se uma relação específica de relevância jurídica entre um tipo de acção e um tipo fornecido pela ordem jurídica não existir.

§2 — O direito como a substância da ordem. O processo de criação do direito como o instrumento para garantir a substância

Os fenómenos há pouco apresentados não levantam meramente uma ou duas questões ulteriores, mas tornam acessível todo um campo de pesquisa. Apenas um problema será, todavia, escolhido para o exame presente: o uso equívoco do "direito" no sentido de regras válidas feitas por órgãos do governo, e o "direito" que, de algum modo, permeia a existência do homem em sociedade. O que é preservado neste pálido equívoco da nossa linguagem quotidiana é o discernimento profundo, raramente [illegible]te achado na teoria jurídica contemporânea, de que o "direito" é a substância da ordem em todos os domínios do ser. Realmente, as civilizações antigas têm habitualmente nas suas línguas um termo que significa a substância ordenadora que permeia a hierarquia do ser, de Deus, através do mundo e da sociedade, até cada homem singular. Tais termos são o *maat* egípcio, o *tao* chinês, o *nomos* grego e a *lex* [*ius*?] latina. O *maat* egípcio, por exemplo, significa a ordem dos deuses que, em virtude do seu *maat*, cria a ordem do cosmos. Dentro desta ordem cósmica, o termo aplica-se então especificamente à ordem do reino do Egipto, cuja ordem é criada por virtude do *maat* divino que vive no Faraó. Esse *maat* flui do Faraó através do corpo social, mediado pela administração real e pela hierarquia dos funcionários, até ao juiz que decide o caso concreto. Uma vez que a mediação do *maat* requer a sua compreensão e a sua articulação inteligente, o termo adquire o significado de "verdade" acerca da ordem; e uma vez que o conhecimento dessa verdade não é um monopólio da administração, o direito tal como é administrado pode ser medido pelo conhecimento vulgar acerca da verdade da ordem, e os súbditos podem protestar veementemente contra os desvios do *maat* e criticar a conduta dos funcionários.

O uso egípcio ilustrará este problema, pois o simbolismo compacto do *maat* mostra que, por trás dos equívocos da nossa linguagem quotidiana, se situa a experiência de uma substância que permeia a ordem do ser, de que a ordem da sociedade é uma parte. No que respeita à ordem da sociedade, a substância permeia o seu todo, incluindo aquela parte que nós hoje distinguimos como o processo de criação do direito. O direito é algo que é essencialmente inerente à sociedade, embora a forma desta inerência seja complicada pelo facto de que deve ser garantida, como nós diremos cautelosamente, pela acção humana organizada, o tipo de acção de que nós falamos como o processo de criação do direito.

Uma tal presunção satisfará consideravelmente melhor a linguagem quotidiana do "transgressor" e do "cidadão cumpridor" do que as construções alternativas baseadas no fenómeno isolado do processo de criação do direito. Se, por exemplo, o direito penal com os seus tipos de crimes for compreendido isoladamente, e especialmente se o direito penal for expresso na forma de determinações condicionais, pode ser, e de facto foi, interpretado como um corpo de regras que obrigam os tribunais

a responder com certas acções — chamadas julgamento, sentença e execução — a acções que se ajustam à determinação condicional da lei. A ordem jurídica, sob esta interpretação, não proibiria o homicídio, o roubo, e etc., mas apenas atribuiria certas consequências a estes tipos de acção, deixando à discrição do cidadão o escape ou a sujeição às sanções. O carácter normativo, o "Não farás", teria sido removido das regras substantivas do direito penal, e não faria sentido falar de um crime como uma acção ilegal, ou do homem que o comete como um transgressor. Na nossa experiência quotidiana do direito, então, a razão porque certas consequências, entendidas como "punições", devem ser atribuídas a certos tipos de acção, entendidos como "crimes", não seria uma questão a ser examinada por uma filosofia do direito. Problemas deste tipo perteceriam a um domínio de fins "morais" para além do direito. O significado de "cidadão cumpridor" também se dissiparia, pois nada que um tal cidadão faça poderia ser classificado como juridicamente relevante em termos de acções enquadradas em tipos fornecidos pelo agregado de regras válidas.

Contra esta construção situa-se o argumento idêntico ao usado contra o impasse do paradoxo zenónico: o propósito da análise não é tornar absurdo o nosso conhecimento pré-analítico acerca do direito, mas antes tornar o seu sentido explícito. Por isso, nós devemos preferir a presunção de que o processo de criação do direito faz sentido como um instrumento para garantir a substância da ordem que inere essencialmente à sociedade. A presunção, além disso, recomenda-se por si mesma especialmente porque a ordem jurídica, no sentido de agregado de regras válidas, raramente se ajusta à linguagem normativa do "Farás" ou "Não farás". O direito escrito descreve habitualmente tipos de factos, eventos e condutas que se tornam juridicamente relevantes através de outros tipos de factos, eventos e condutas de órgãos de governo que se sucedem em caso de conformidade ou desconformidade com a primeira classe de tipos. Não se torna necessariamente explícito no texto de uma lei que a cadeia de tipos é construída com o propósito de garantir a ordem nas

relações sociais, embora a, assim chamada, intenção do legislador possa ser declarada explicitamente em "preâmbulos" da lei. Nas principais codificações modernas, todavia, a intenção é pressuposta, e a técnica jurídica do codificador concentra-se na tarefa de construir tipos que realizarão a intenção com um máximo de probabilidade. A linguagem comummente usada de regras ou normas jurídicas deve, por conseguinte, ser sempre compreendida como o texto da lei lido à luz da sua intenção normativa. É possível, em princípio, construir uma ordem jurídica inteira através de definições e de proposições sem nunca usar vocabulário normativo.

Em resumo destas reflexões pode-se dizer: o processo de criação do direito participa da natureza do direito porquanto ele serve o propósito de garantir a substância da ordem na sociedade; e a ordem na sociedade é a área em que nós temos de pesquisar pela natureza do direito.

§3 — As construções teóricas da relação

As relações agora indicadas motivaram uma série de construções na filosofia do direito. Os tipos principais são os seguintes:

1 — Em Platão e em Aristóteles a ênfase encontra-se na substância da ordem na sociedade, especificamente na ordem da *polis* helénica. A tarefa principal do filósofo é a indagação acerca da ordem verdadeira da *polis*. As regras específicas são formuladas sob a perspectiva de que elas articulam a ordem verdadeira na sociedade e, se decretadas, a garantirão. O processo de criação do direito é estudado sob a perspectiva de saber se a sua organização resultará em regras que garantirão a ordem verdadeira.

2 — O processo de criação do direito move-se para o centro de interesse com a génese do Estado nacional moderno. Na luta com as autoridades da Igreja e do Império, do direito romano

e dos estamentos, os governos dos Estados nacionais nascentes afirmam a supremacia do Estado na criação do direito. O príncipe, como representante do Estado, torna-se no legislador soberano. Todo o direito válido emana dele, ou directamente ou de agentes a quem ele delegou autoridade legiferante.

Não obstante, enquanto as ênfases se alteraram, o processo de criação do direito ainda não é autocontido. Permanece a consciência de que os legisladores soberanos têm de garantir uma substância de ordem que não é obra deles. Este é o tipo de construção representado por Bodin no século XVI. O direito é reconhecido sob os seus dois aspectos de uma hierarquia de regras válidas e de uma hierarquia de autoridades legiferantes. A hierarquia de regras válidas tem como seu estrato cimeiro o direito divino e natural; sob este estrato movem-se as leis do príncipe; segue-se, então, o direito consuetudinário, na medida em que não esteja em conflito com as leis reais; a seguir vêm as decisões dos magistrados, movendo-se dentro do direito tal como foi fixado pelos estratos superiores; e na base vêm as transacções jurídicas dos súbditos — as suas compras e vendas, os seus contratos de trabalho, casamentos, testamentos, e etc.. A hierarquia de autoridades legiferantes, em ordem inversa, começa com os súbditos, sobe através dos magistrados e do rei, e culmina em Deus.

No século XVII, todavia, o elo do processo soberano de criação do direito com uma substância autónoma de ordem é notavelmente enfraquecido na construção de Hobbes. Hobbes reduz a substância da ordem ao postulado da paz no interior da comunidade. Quer a ordem resultante manifeste ou não a substância judaico-cristã, encarada ainda por Bodin, tal fica à discrição do soberano. Se a Comunidade de Inglaterra será ou não cristã vem a ser um assunto, não de ordem substantiva, mas de acidente histórico.

3 — Com o progresso do secularismo e a desintegração da filosofia nos séculos XIX e XX, o processo de criação do direito alcança autonomia completa, isto é, os seus teóricos afastam da teoria jurídica a questão da ordem substantiva. Além disso, os

teóricos exibem uma tendência para dividir o próprio processo de criação do direito em dois componentes, as regras válidas e os actos da sua criação, e para fazer independentemente de cada um dos componentes a base de construção teórica. O resultado é um desenvolvimento paralelo da jurisprudência normativa e da jurisprudência sociológica.

4 — O caso representativo da jurisprudência normativa é a "teoria pura do direito" de Kelsen. Nesta teoria, o processo de criação do direito adquire o monopólio do título de "direito", porque Kelsen combina num único domínio normativo normas e actos juridicamente relevantes. A hierarquia de Kelsen culmina numa norma básica hipotética que ordena aos membros da sociedade que se comportem em conformidade com as normas derivadas enfim da constituição. A estrutura de poder articulada na constituição é a origem da ordem jurídica, encimada pela norma básica hipotética apenas para tornar inteligíveis os actos ordenadores superiores enquanto actos em conformidade com uma norma, fechando por esse meio o sistema normativo.

Então, o direito e o Estado são, segundo Kelsen, dois aspectos da mesma realidade normativa. Uma vez que a norma básica hipotética substitui o direito divino e natural bodiniano como estrato cimeiro da hierarquia, os problemas da ordem substantiva são eliminados. Qualquer poder que se institua a si mesmo eficazmente numa sociedade é o poder criador do direito e, sob a sua norma hipotética, quaisquer regras que ele faça são o direito. As questões clássicas da ordem verdadeira e falsa, justa e injusta, não pertencem à ciência do direito ou, no que diz respeito ao assunto, a ciência absolutamente nenhuma. Porque a única ciência da sociedade que Kelsen admite ao lado da jurisprudência normativa é uma "sociologia" definida como uma ciência que diz respeito às acções humanas e às suas relações causais. Toda a área da *episteme politike* aristotélica não é ciência e, por conseguinte, não merece a atenção de um teórico.

5 — No caso de tentativas para usar actos criadores de direito como a base de construção teórica, é difícil escolher um

sistema representativo. Aqui, nós confrontamo-nos antes com uma grande variedade de tentativas de uma "sociologia" do direito. Segundo os seus interesses, os autores concentram-se ou nos processos constitucional e legislativo, ou nas decisões judiciais aos vários níveis, ou na conduta do público em geral e dos seus subgrupos. Um rico vocabulário de fins legislativos e de funções jurídicas expressa as múltiplas relações entre seres humanos e a ordem da sociedade em que eles vivem — um vocabulário de paz doméstica, bem-estar e segurança social; de liberdade e propriedade; de interesses de classe e de grupo; de protecção dos fracos; de adaptação, dissuasão, prevenção e reabilitação; de conduta legítima e ilegítima, social e anti-social; e etc..

O que os termos desta classe e as teorias sociológicas em que eles ocorrem têm em comum é o seu carácter pré-analítico. A indagação não avançou até ao ponto em que surgem os critérios da ordem verdadeira no sentido filosófico. No seu agregado, eles reflectem o mesmo estado de desintegração filosófica que é manifesto na jurisprudência normativa. A natureza do direito como a ordem substantiva da sociedade não se tornará o objecto da análise se a indagação parar na observação de fenómenos, tais como a conduta dos juízes, as exigências dos grupos de pressão, as ideologias dos movimentos políticos, a psicologia da conformidade ou da delinquência, a necessidade da reforma legislativa e judicial, e etc..

III

O COMPLEXO DA ORDEM

O direito, no sentido de um agregado de regras válidas, deve ser colocado no contexto social do processo em que ele é criado; e o processo de criação do direito deve, por sua vez, ser colocado no contexto da sociedade que garante a sua ordem substantiva por meio deste processo. O complexo todo é uma unidade de significado, uma entidade. O termo *direito*, por conseguinte, mudará o seu significado conforme ele for usado para significar ou o todo ou apenas uma parte do complexo. Os equívocos causados por esta situação apenas podem ser evitados através de uma terminologia artificial em desacordo considerável com o uso quotidiano — um processo que não é recomendável. Por conseguinte, eu introduzirei distinções conceptuais à medida que elas se tornem necessárias, com cautelas apropriadas quando se usar vocabulário convencional.

§1 — Estrutura, continuidade e identidade do complexo

No momento presente uma tal cautela é necessária, porque nós devemos distinguir entre: 1) o "direito" no sentido de regras

jurídicas e do processo de criação do direito; e 2) o "direito"
no sentido da ordem substantiva da sociedade. Nós falaremos
das duas áreas do complexo total como as suas áreas ou lados
jurídico e social, com a compreensão de que todo o complexo
é a entidade cuja natureza nós estamos a explorar quando
estamos em busca da "natureza do direito". A limitação
terminológica do "jurídico" não implica uma limitação essen-
cial, porque nós consideramos assente que a ordem jurídica
como um agregado de regras não tem estatuto ontológico e,
consequentemente, nem essência nem existência.

Na estrutura desta entidade como um todo, nós podemos
discernir duas tensões essenciais: 1) há uma tensão entre a
ordem substantiva da sociedade e o processo de criação do
direito, na medida em que o processo organizado de criação do
direito é, aparentemente, o meio inevitável para manter a ordem
substantiva na existência; e 2) há uma tensão entre a ordem
substantiva da sociedade tal como existe empiricamente e uma
ordem substantiva verdadeira, perante a qual a ordem empírica
é insuficiente.

Por ora, nós trataremos apenas da primeira destas tensões,
a orientação da ordem jurídica como um meio para alcançar
ordem substantiva na sociedade. Desta afinidade algo complexa,
além disso, nós escolheremos primeiro a inclinação da relação
em direcção ao lado social do complexo. A questão da ordem
jurídica válida deve ser agora re-examinada. Tendo encontrado
na sociedade o algo que atribui a importância da existência no
tempo à ordem jurídica, nós devemos perguntar de novo: o que
é que nós queremos dizer com "o direito" quando falamos do
direito americano ou italiano, ou da história do direito civil ou
administrativo francês? Obviamente, nós não queremos mera-
mente dizer o agregado de regras válidas ou a série de agre-
gados, mas deixamos fluir para a nossa linguagem um compo-
nente de significado que brota do lado social.

O efeito peculiar de inclinação para o lado social tornar-
-se-á aparente e inteligível se nós reflectirmos sobre certas
questões de fronteira do direito constitucional.

Se a ordem jurídica for compreendida como o agregado de
regras válidas ou como uma série de agregados, todas as partes
componentes da ordem derivam a sua validade, através dos elos
mediadores das regras processuais, da constituição em sentido
material. A ordem jurídica constitui-se como uma unidade
identificável de significado pelas regras que respeitam ao pro-
cesso da sua criação. A clareza aparente da construção é,
decerto, perturbada pela questão levantada previamente que
respeita ao estatuto de regras que foram válidas segundo a
construção e agora não o são, e aquelas que agora não são
válidas mas que o serão no futuro — mas nós devemos deixar
ainda suspensa esta questão. Nós reflectiremos antes sobre o
fenómeno das denominadas "mudanças" na própria constituição,
bem como sobre as disposições que ela possa conter para a sua
revisão.

Em princípio, sem dúvida, o mesmo argumento aplica-se ao
agregado de regras constitucionais tal como se aplica a todos
os outros subagregados de regras válidas: o agregado não
"muda" através da entrada ou saída de regras, mas é transfor-
mado num agregado diferente. Com os processos constitucio-
nais, todavia, nós alcançámos o cume da hierarquia de regras.
Não há constituição acima da constituição que ligue uma série
de agregados constitucionais numa ordem jurídica da mesma
maneira que os subagregados legais estão ligados pela consti-
tuição. Nós chegámos à fronteira em que o problema da
validade já não pode ser resolvido intra-sistematicamente atra-
vés do retorno a um agregado de regras processualmente
mais elevado. Nós confrontamo-nos com o fenómeno de que
a validade do direito tem a sua origem em fontes extra-
jurídicas.

Neste momento, destaca-se mais de uma linha de análise. Em
primeiro lugar, o problema pode ser eliminado através de uma
construção do tipo que Kelsen tentou com a sua norma básica
hipotética. O propósito da construção é encimar com uma norma
os processos nos quais a constituição teve origem. A norma
hipotética confere validade jurídica à própria constituição e

fecha o "sistema" jurídico. Esta construção deve ser rejeitada por ser analiticamente sem sentido. Ela não analisa nada mas mutila a indagação à natureza do direito. Em ciência, nós estamos interessados no estudo da realidade, não na construção de um "sistema" que preclude o seu estudo.

Uma segunda linha abre com a diferenciação de Bodin da hierarquia das normas para o processo de criação do direito em direito divino e natural. Aqui, nós atingimos de facto novas áreas da realidade, isto é, as fontes de autoridade de que o direito deriva a sua validade. Nós não seguiremos agora este caminho, todavia, mas adiá-lo-emos para posterior exploração; para além das autoridades a que os símbolos "direito natural e divino" se referem, há uma fonte ulterior de autoridade, a autoridade do poder social organizado. Bodin leva esta autoridade em conta na sua filosofia do direito quando ele permite ao príncipe derivar o seu poder soberano de criação do direito da sua espada, bem como de Deus. Os "poderes fácticos" conferem validade ao direito quando o decretam, e eles têm o primeiro direito à nossa atenção porque a estrutura de poder de uma sociedade é a realidade que se torna juridicamente articulada nas regras da constituição em sentido material.

As regras de uma constituição tentam criar uma ordem estável para uma sociedade ao colocar o poder ordenador supremo em órgãos de governo que representam a articulação actual de poder da sociedade. Se os autores da constituição diagnosticaram correctamente a articulação actual de poder da sociedade; se, além disso, eles forem bons peritos e souberem como dar articulação jurídica à realidade de poder da sua sociedade; e se, finalmente, a estrutura de poder que se inscreveu na constituição for estável, então a constituição perdurará. Pondo de lado as questões do diagnóstico correcto e da perícia, a constituição não perdurará se a estrutura de poder for instável. Nesse caso ocorrerão eventos mais ou menos violentos, e as regras constitucionais terão de se adaptar à estrutura de poder variável através de costume, interpretação, revisão formal ou substituição completa.

Estes fenómenos de adaptação dão agora origem a questões respeitantes à identidade de uma ordem jurídica. Se um país emerge de uma revolução com uma constituição nova, criada por processos não previstos na constituição anterior, uma ordem jurídica chegou ao seu fim e emergiu uma nova. Se, em face deste fenómeno, nós adoptarmos a construção do direito como um agregado de regras válidas derivadas da constituição, chegaremos à conclusão de que com uma ordem jurídica nova foi criado um "estado" novo, nada idêntico ao "estado" velho [vigente] sob a constituição anterior. Tais construções foram de facto tentadas e levadas à sua conclusão lógica: que a validade de uma lei, embora ela tenha sobrevivido inalterada à revolução, não deriva da velha mas da nova constituição. Independentemente da permanência do corpo principal de regras jurídicas, uma ordem jurídica nova será criada quando a continuidade constitucional sofre a interrupção revolucionária. Disposições jurídicas especiais terão de ser criadas para ligar o estado novo com o seu predecessor, se tal provar ser desejável. Os governos revolucionários demonstram frequentemente simpatia por esta construção, porque lhes parece dar o direito de repudiar as dívidas em que incorreu o governo pré-revolucionário. As vítimas de tal repúdio, pelo contrário, se tiverem poder, insistirão em que as substituições revolucionárias da ordem jurídica não abolem tais obrigações; que a sociedade que sofreu a mudança na sua estrutura de poder é ainda a mesma sociedade; e que há uma continuidade entre os governos pré e pós-revolucionários proporcionada pela continuidade da sociedade.

§2 — A luta de Aristóteles com o problema da identidade

Aristóteles foi grandemente importunado por esta classe de problemas. Ele aplicou à *polis* as categorias de forma e de substância, presumindo que a constituição, a *politeia*, fosse a forma. Ele desenvolveu estas categorias quando examinava as naturezas dos artefactos, dos organismos e da acção intencional.

Embora adequadas a estes modelos, estas categorias criavam dificuldades quando aplicadas à *polis*. O que era a substância da sociedade, se a constituição era a sua forma? Seriam os cidadãos? Nesse caso, quem seria cidadão? Seria cada um contado como um cidadão desde que fosse um residente permanente no território da *polis*? Mas então os escravos e os metecos seriam cidadãos, e esse costume estaria em conflito com a linguagem pré-analítica quotidiana. Deveria um homem ser contado como um cidadão apenas se ele pudesse participar no processo governamental, senão num cargo elevado, então ao menos votando em assembleia? Essa definição, todavia, incorre na dificuldade de que nem todas as *poleis* têm a forma de uma democracia. Numa tirania ou oligarquia nem todos os homens livres terão o direito de voto em assembleia, embora eles não percam, como consequência, o seu estatuto de cidadãos e desçam à categoria de metecos ou escravos. Não obstante, embora admitindo que a definição do cidadão como um homem que participa no processo governamental se adequa melhor a uma democracia do que a outras formas de governo, Aristóteles não prossegue mais além na análise, porque ele quer reter a forma governamental, a constituição, como a forma da *polis*. Fazendo-o, todavia, ele tem de definir os cidadãos, a substância que preenche as formas, como pessoas que têm um lugar e uma função dentro da forma.

A construção conduz, então, à dificuldade ulterior de identificar uma *polis*. Se a constituição é a forma da *polis*, e se uma coisa é ontologicamente constituída pela sua forma, o que acontece a uma *polis* nas frequentes revoluções nas cidades-estados gregas da época de Aristóteles? Há uma *polis* nova sempre que os oligarcas derrubam os democratas, ou vice-versa? Ou será Atenas, apesar das rupturas na continuidade da sua forma constitucional, ainda Atenas? De modo mais importante, é a *polis* que age quando um governo oligárquico contrai uma dívida, ou podem tais dívidas ser repudiadas por um governo democrático sucessor porque as oligarquias representam apenas interesses privados e não o bem comum — um

argumento aparentemente muito no favor dos chefes das facções democráticas? Para Aristóteles, as respostas a questões desta natureza dependem da resposta à questão última: queremos nós falar de uma *polis* como a mesma *polis*, contanto que o povo e o seu domicílio permaneçam os mesmos, apesar do facto de que os membros da *polis* são um fluxo de gerações, um fluxo de seres humanos nascendo e morrendo, e assim nunca são os mesmos de dia para dia?

Aristóteles conduz este argumento, a partir do lado social da ordem, em direcção ao mesmo impasse zenónico em direcção ao qual, no princípio desta indagação, nós o conduzimos a partir do lado da ordem jurídica válida. A sociedade é uma entidade composta por seres humanos. Se nós tentamos identificar a sociedade com a sua qualidade de membro, então, por causa dos seus diários acréscimo e decréscimo por nascimentos e mortes, nós não encontraremos uma sociedade com existência contínua no tempo, mas uma sociedade nova todos os dias. A *polis* deve ser, por conseguinte, definida em termos, não de seres humanos, mas antes de cidadãos como a substância da sua forma; e a forma será a constituição. Se a constituição é a mesma, a *polis* é a mesma independentemente do acréscimo e do decréscimo da sua substância de cidadãos. Aristóteles termina a análise com a segurança de que nada disto afecta a questão de saber se uma *polis* deverá ou não pagar as suas dívidas quando a constituição, a *politeia*, muda. Ele deixa esta questão pendente, quando deixa pendente a questão do estatuto dos cidadãos sob uma constituição oligárquica ou tirânica em que eles não participam no processo governamental e, também, a questão da existência contínua de Atenas através das suas numerosas mudanças de constituição.

Os argumentos aristotélicos são de interesse considerável para a nossa análise, porque neles nós encontramos de novo o paradoxo zenónico. A partir do impasse paradoxal da validade das regras jurídicas, dos seus agregados e da sucessão de agregados, nós buscámos refúgio na sociedade como o algo que existe no tempo. Aristóteles descobre a sociedade como um fluxo de seres humanos no tempo, que nunca congelará na

identidade de uma sociedade de qualquer duração no tempo, e ele busca refúgio na constituição como a forma que dura enquanto a sua substância, os cidadãos, muda no tempo. Isso é muito desolador. A análise aristotélica parece cortar a nossa saída para a sociedade, e a nossa análise já cortou a saída da sociedade para a duração da ordem jurídica que culmina na constituição. Não obstante, nós não precisamos de desesperar. Aristóteles era um mestre da análise. Se os seus resultados são insatisfatórios, ao menos a sua análise revela, como qualquer análise tecnicamente bem conduzida revelará, a causa da dificuldade. A causa da dificuldade é a transferência acrítica das categorias de forma e de substância para domínios do ser para os quais elas não foram desenvolvidas.

Esta transferência conduz a dificuldades, não só na política de Aristóteles mas também na sua psicologia, quando ele tenta elaborar uma forma noética da alma. O que conduz, por sua vez, a dificuldades infinitas na antropologia e na psicologia da escolástica medieval, em que a alma é usada na especulação como a "forma" do homem. No caso em apreço, a transferência impede Aristóteles de conjugar adequadamente a sua teoria da "forma" da *polis* (na *Política* III) com a sua teoria da natureza da *polis* (*Política* I). Ele analisa insuficientemente o problema do processo de criação do direito culminando na constituição, e nunca clarifica de todo a conexão deste problema com a ordem da *polis* que existe continuamente no tempo e é para ser garantida pelo processo de criação do direito, quer ele seja democrático ou oligárquico no cume da hierarquia. Estas observações devem servir como um aviso. Nós lidamos com um problema que até confundiu um Aristóteles. Nós devemos tomar o maior cuidado em vigiar cada passo da análise.

§3 — As questões de fronteira do direito constitucional

A identidade [continuidade] da ordem jurídica está obviamente eriçada de problemas. Nós devemos recuar para os

fenómenos pré-analíticos a fim de evitar as interpretações erradas. Nós podemos obter alguma ajuda para compreender as relações entre a ordem jurídica e a realidade social a partir das situações fenomenais em que ocorrem revoluções na estrutura de poder sem uma ruptura na continuidade jurídica. No século XIX e no começo do século XX, por exemplo, a transição de uma monarquia absoluta para uma monarquia constitucional representativa foi efectuada, mais de uma vez, tendo o monarca absoluto de impor a constituição. No caso de uma tal constituição outorgada, pode-se formular a questão de saber se a ordem jurídica resultante deriva a sua validade da constituição nova ou do decreto de proclamação do monarca absoluto que impõe a constituição. Os chefes das forças políticas que extorquiram a concessão do monarca derivariam a validade da constituição nova da autoridade dos novos poderes políticos efectivos. O monarca estaria inclinado a derivá-la da sua autoridade intocada e reivindicaria o direito a revogá-la, se necessário no interesse do Estado, em virtude da sua autoridade continuada. Ainda que os dois lados possam discordar assim sobre o problema político, eles concordariam que a validade da ordem jurídica culminando na constituição tinha alguma coisa a ver com a autoridade do poder político na sociedade. É compreensível, por conseguinte, que os chefes dos movimentos constitucionalistas no século XIX tivessem pouca simpatia pelo método da outorga, pois ele criou uma situação equívoca relativamente à fonte da autoridade.

Fenómenos ilustrativos ulteriores são fornecidos pelas particularidades que rodeiam as políticas de criação da constituição na revolução nacional-socialista alemã. Uma vez que, na psicologia das multidões do século XX, a "legalidade" exerce atracção sobre as massas, a chefia nacional-socialista teve o cuidado de adaptar as regras constitucionais à nova estrutura de poder por meio dos processos de revisão fornecidos pela Constituição de Weimar. (O mesmo método foi usado anteriormente, ao menos por um tempo, pelo governo fascista na Itália.) O resultado foi uma inundação de monografias pelos

constitucionalistas alemães, alguns alegando que a Constituição de Weimar estava ainda em vigor, outros alegando que a mudança revolucionária na estrutura de poder criara uma constituição nova, apesar dos jogos da legalidade. Neste exemplo, tornou-se um problema ainda mais candente saber se a identidade da ordem jurídica devia ser interpretada em termos da validade processual intra-sistemática, ou em termos da autoridade que emanava da estrutura de poder da sociedade.

Um fenómeno importante é, finalmente, fornecido pela história da nossa própria Constituição. O processo pelo qual a Constituição de 1787 foi criada não fora fornecido pelos Artigos da Confederação. Em termos da validade processual, a Convenção de Filadélfia era uma assembleia revolucionária e a continuidade da ordem jurídica fora quebrada. Não obstante, enquanto o termo *revolução* é usado ordinariamente em conexão com os eventos de 1776 e anos seguintes, ele é muito pouco usado em conexão com os eventos de 1787 — apesar do facto de que a continuidade constitucional foi quebrada e que nem todos os meios para alcançar a ratificação da Constituição nova nos diversos estados cabiam nas categorias da delicadeza e da razão. A peculiaridade tornar-se-á inteligível se todo o período, a partir do começo do movimento pela independência até à elaboração da Constituição de 1787, for considerado um processo social em que a nação em crescimento, serpenteando pelas dificuldades das relações intercoloniais e interestaduais e pelos esforços da guerra, ganhou a sua fisionomia de poder e, depois das experiências insatisfatórias com o Congresso Continental e os Artigos da Confederação, encontrou enfim a Constituição que era válida e, ao mesmo tempo, expressiva da estrutura de poder autorizada da nova nação. A génese da Constituição americana nos eventos ocorridos entre 1776 e 1787 fornece talvez a melhor lição para o crescimento do poder autorizado numa sociedade nova, acompanhado como foi por uma habilidade soberba no delinear de formas jurídicas para a estrutura estável. O caso é de importância especial para a nossa análise, porque o protraimento do processo social e a maneira em que

as questões de legalidade e de constitucionalidade estão subordinadas às questões de criar e ordenar a nação não deixam nenhuma dúvida sobre de que lado se situa o peso do fenómeno complexo do direito.

A variedade de exemplos terá, ao menos, clarificado uma questão acerca da natureza do direito. A ordem jurídica, no sentido de um agregado de regras válidas, não é de todo um objecto independente de indagação. Ele é parte de um fenómeno mais amplo que inclui, entre outras coisas, os esforços dos seres humanos para estabelecer a ordem numa sociedade concreta. O fenómeno mais amplo, outrossim, não é um composto de partes nitidamente separadas, tais como as regras válidas e os processos sociais. A estrutura actual de poder com a sua autoridade entranha-se na validade das próprias regras. As controvérsias podem, por conseguinte, surgir se a validade de um dado agregado de regras deve ser interpretada sob o aspecto ou de legalidade ou de autoridade política.

A relação peculiar entre os dois componentes torna-se especialmente clara em caso de conflito. Sob circunstâncias normais, podemos dizê-lo, os processos de revisão inscritos numa constituição serão suficientes para absorver as mudanças menores na estrutura actual de poder e para fornecer o *continuum* de validade que expressa, do lado da ordem jurídica, a existência continuada da sociedade que tem essa ordem. Quando as mudanças na estrutura de poder alcançam, não obstante, proporções revolucionárias, uma ruptura no *continuum* da validade parece, às vezes, desejável como a expressão adequada para a ruptura no *continuum* da estrutura de poder. As rupturas no *continuum* da estrutura de poder são, todavia, fenómenos no interior do *continuum* da sociedade. Os governos revolucionários podem frequentemente não reconhecer este *continuum* e, às vezes, será necessária a oposição no campo da política externa para lembrar a um governo revolucionário que um *continuum* do direito, em paralelo com a sociedade contínua, existe de facto e não foi quebrado pelos eventos emocionalmente supradestrutivos e supracriadores da revolução.

IV

REGRA E NORMA

Nós confrontamo-nos com a aporia seguinte:

Por um lado, o direito manifesta-se fenomenalmente numa pluralidade de ordens jurídicas compreendidas como agregados de regras válidas. Estes agregados resistem à análise sob as categorias de essência e individuação. O obstáculo prova ser a validade que permeia a ordem jurídica até cada regra singular. Quando a análise persegue a validade até às suas consequências, todavia, a ordem jurídica desaparece totalmente da existência no paradoxo zenónico. Nenhumas certezas sobre um domínio de normatividade podem conferir estatuto ontológico à ordem jurídica.

Por outro lado, o resultado está em desacordo com os fenómenos que atestam a existência do "direito" na linguagem quotidiana. Em cada país, as leis, os regulamentos, as decisões administrativas e judiciais formam um corpo literário, aumentando prodigiosamente sob as necessidades legislativas e administrativas das sociedades industriais modernas, às quais ninguém negará existência. O "direito" existe tão maciçamente que

nós temos escolas profissionais; as faculdades de direito, organizadas com o propósito de familiarizar os futuros juristas tanto quanto possível com o fenómeno gigantesco no decurso de poucos anos.

A saída da aporia começa com o reconhecimento de que a ordem jurídica, ainda que não tenha estatuto ontológico próprio, é parte do processo pelo qual uma sociedade dá a si mesma existência e se preserva a si mesma em existência ordenada. A entidade mais ampla é o objecto da indagação; e a ordem existe de facto na medida em que é parte do complexo mais amplo. Nós averiguámos, além disso, que o peso na entidade compreensiva está no lado social. Presumindo estes resultados da indagação à natureza do direito como estabelecidos, questões ulteriores surgirão agora acerca da maneira em que a ordem jurídica e as suas regras participam na existência da sociedade ordenada. A primeira destas questões terá de ser uma radical: como é ontologicamente de todo possível que as regras tenham uma função na existência de uma sociedade e do seu processo ordenador?

§1 — A regra e a durabilidade da ordem

Nós devemos recorrer de novo à compreensão pré-analítica das regras ou leis. Quando nós dizemos que algo acontece "em regra", queremos dizer que frequentemente um evento E ocorrerá sempre que haja a situação S. A situação S tem o papel de uma condição para a ocorrência, com uma alta probabilidade, do evento E. A regra, declarando a conexão entre S e E, expressa uma observação estritamente empírica. Nós não precisamos de presumir que S é a "causa" de E, que é desejável que E se siga a S, ou que E "deva" ou "não deva" ocorrer sempre que a situação S esteja presente. Tudo o que nos interessa de momento são as implicações ontológicas da regra: que a situação S e o evento E são reconhecíveis, que eles se repetem, e que se repetem com uma alta frequência na relação

expressa pela regra. As regras, podemos concluir, podem ter uma função na sociedade apenas se houver situações e eventos reconhecíveis típicos, se as situações e os eventos se repetirem, e se eles se repetirem em conexão com uma tal frequência que a própria conexão adquira o carácter de um tipo reconhecível e possa ser expressa em "regras".

Realmente, a ordem de uma sociedade tem uma estrutura discernível de elementos típicos, de situações e eventos típicos, e de conexões típicas entre eles. Cada relance à ordem jurídica de qualquer sociedade revelará a estrutura típica que está submetida à regulamentação pelas regras. Há complexos amplos repetindo-se nas ordens jurídicas tais como os direitos civil e criminal. No direito civil, por exemplo, nós encontramos subcomplexos típicos tais como o direito das pessoas, das coisas, das obrigações, do casamento e da família, e da sucessão, cobrindo o estatuto dos seres humanos, as suas relações com objectos do mundo exterior, as suas relações contratuais entre si, a ordem das suas unidades familiares na vida e na morte. Se a sociedade fosse um fluxo amorfo, sem uma estrutura de elementos constantes e repetições, as regras não teriam utilidade porque não teriam campo de aplicação. As regras podem ser usadas no processo ordenador porque a ordem da sociedade tem uma estrutura que dura no tempo.

Nós falaremos do carácter "durável" da ordem para que não haja confusão entre este problema ontológico e a questão das normas gerais e individuais. Nós falamos de uma regra geral se os tipos criados pela regra se aplicam a um número indefinido de pessoas, acções e situações; de uma regra individual se ela respeita a pessoas específicas e às suas acções. Quer a regra seja geral ou individual, ela apenas pode funcionar porque a realidade a que ela se aplica é durável. Não faria sentido para A e B disputar a propriedade de um bem se os bens disputados tivessem o hábito de se evaporarem em face de uma decisão judicial. O mesmo é verdadeiro se a organização da vida das pessoas A e B mudar tão rápida e radicalmente que a questão de quem tem o bem disputado não tenha interesse nem para A

nem para B. A decisão individual no caso concreto apenas faz
sentido sob as condições que as vidas de A e B tenham uma
certa duração; que as vidas tenham uma organização com
aspectos estáveis; que as condições materiais e as relações
humanas nas vidas de A e B sejam assuntos de interesse
durável; e etc.. Este carácter durável torna-se especialmente
claro quando uma pessoa A solicita uma providência cautelar
a um tribunal, como no caso de uma injunção. É requerido ao
tribunal que mande outra pessoa B *não* se empenhar em tipos
de acção que possam perturbar a estrutura durável da vida de
A ou alguma parte dela, como, por exemplo, uma actividade
empresarial; e a injunção é necessária a fim de prevenir a
perturbação antecipada, porque a vida da pessoa B tem também
uma organização durável que está carregada com a potencialidade
continuada de acção perturbando a vida de A.

A durabilidade da estrutura permeia a ordem da sociedade
na existência concreta de cada membro singular; e esta concreção
da ordem durável nas acções diárias de cada ser humano torna
necessário que haja mais do que meras regras gerais para tipos
compreensivos de situações e acções, omitindo os pormenores
como "não-essenciais". As decisões individuais nos casos concretos são necessárias porque a ordem durável da sociedade é
essencialmente concreta como a ordem nas vidas dos membros
singulares. A partir do lado da sociedade, nós estamos a chegar
de novo ao problema da validade. Nós não podemos dividir a
ordem jurídica, como vimos, em regras essenciais e não-essenciais. A validade é da essência da ordem jurídica em cada regra
singular; e este carácter penetrante da validade na ordem jurídica revela-se agora como exprimindo a concreção penetrante
na ordem durável da sociedade.

A estrutura durável da ordem é a estrutura da existência
humana na sociedade. Esta estrutura é o assunto da *episteme
politike* no sentido aristotélico. Os componentes principais da
estrutura durável são a organização que o homem faz da sua
existência fisiológica em família e lar, da sua existência utilitária através da divisão do trabalho e comércio, e da sua

existência intelectual e espiritual na sociedade política. Aqui,
está também o domínio do ser — sociedade e ordem —, onde
o essencial se pode distinguir do não-essencial. Não obstante,
ainda que seja agradável ter alcançado, por fim, algo que se
parece com chão firme, nós devemos lembrar a luta de Aristóteles
com o problema da forma e da substância na sociedade.
Algumas reflexões clarificarão este ponto tanto quanto é possível.

Na *Política* de Aristóteles o estudo da natureza da *polis*
(Livro I) não está propriamente ligado com a análise da forma
da *polis* (Livro III). A natureza da comunidade humana desabrocha plenamente na *polis*, porque a *polis* fornece o ambiente
social para o pleno desabrochar da natureza humana. Apenas
uma comunidade de tamanho e riqueza suficientes permitirá
uma divisão de funções a um tal grau que o *bios theoretikos*
seja possível, ao menos para aqueles que desejem vivê-lo e que
estejam dispostos a suportar as suas canseiras. A *polis* é
definida como a comunidade em que há espaço para a organização da "vida boa" (Livro I e Livro VII, 1 a 3). No uso comum
dos seus termos por Aristóteles, esta "natureza" da *polis* também deveria ser a sua "forma".

A análise da forma no Livro III choca, todavia, com o uso
comum sinónimo dos termos — e este choque aponta para o
problema de que a ordem de uma *polis* não é inerente à *polis*
da maneira que uma forma organísmica é inerente ao espécime
de uma espécie de planta ou animal; mas, antes, esta ordem
requer a acção humana para torná-la inerente. Além disso, as
forças que fornecem esta acção numa sociedade podem mudar
a sua estrutura sem prejudicar a identidade da sociedade em que
as mudanças ocorrem. A organização do processo de criação do
direito, como nós lhe chamámos, e a configuração das forças
sociais que accionam o processo num dado tempo não são
idênticas com a natureza da ordem na sociedade. Inevitavelmente, a questão deve ser formulada: se a sociedade e a sua ordem
não são idênticas com uma dada constelação de poder e o seu
processo de criação do direito, que distância devemos nós

percorrer na ordem da sociedade para encontrar a unidade derradeira da qual as constelações de poder do momento são apenas subdivisões?

Esta questão abre um campo vasto de indagação, cujos pormenores estão para além do alcance da nossa análise. Apenas o esboço do problema nos diz respeito.

Aristóteles via, naturalmente, que o horizonte de uma sociedade é mais amplo que a constelação de poder do momento. As *poleis* helénicas tinham sequências típicas de constelações de poder e "formas de governo" correspondentes, seguindo o ciclo de realeza, aristocracia, revolta popular, tiranias do tipo da de Pisístrato, oligarquia e democracia de vários graus de radicalismo. Não é a "forma de governo" singular, mas a sequência completa de formas que é a unidade mínima de observação para ambos, Platão e Aristóteles. O ciclo das formas de governo na *polis* torna-se o objecto da indagação. As teorias cíclicas modernas vão consideravelmente mais além ao alargar o horizonte da sociedade e da sua ordem. Numa teoria como a de Toynbee, não é a *polis* helénica singular, a cidade-estado mesopotâmica singular, ou o moderno Estado nacional singular que é a unidade da ordem, mas a sociedade civilizacional abrangendo uma variedade de tais subunidades com o todo da sua dimensão histórica. Para além da ordem das sociedades civilizacionais amplas, assomam os problemas de uma ordem de toda a humanidade — problemas que se tornam agudos em vários tempos na história da humanidade quando as sociedades civilizacionais chocam umas com as outras, se conquistam talvez umas às outras, de maneira que impérios multi-civilizacionais como o romano se tornam, sem dúvida, unidades vastas de ordem social. Ainda que os pormenores não nos digam respeito, como dissemos, o princípio destes horizontes, alargando-se enfim ao horizonte da humanidade, é de considerável importância para os problemas da ciência do direito, como nós veremos.

§2 — O dever em sentido ontológico

As regras podem ser usadas para a ordenação da sociedade porque a ordem da existência humana na sociedade tem o carácter de durabilidade. Uma vez estabelecido este primeiro ponto, a questão seguinte é: como são usadas as regras com o propósito da ordem social? Na secção precedente, nós tivemos de salientar a natureza de uma regra como a observação de regularidades empíricas nas relações entre situações, eventos e acções. Uma regra jurídica não pretende, todavia, ser obviamente uma proposição que possa ser verificada ou falsificada — mesmo que a existência de uma regra jurídica permita frequentemente a predição, com um alto grau de probabilidade, que as acções humanas se conformarão com ela. As regras jurídicas pretendem ser "normas", e o seu propósito quanto à ordem social é "normativo". Tais formulações entram, agora, facilmente no uso pré-analítico, mas elas estão carregadas de problemas espinhosos. Nós notámos previamente, por exemplo, que os códigos modernos raramente são concebidos em linguagem normativa, e que as definições e descrições actuais dos tipos devem ser interpretadas como normas, usando índices contextuais. A análise deve, por conseguinte, tentar isolar o componente normativo no significado das regras jurídicas.

As regras devem ser usadas na ordenação das sociedades porque as sociedades não são indivíduos de uma espécie de planta ou animal com uma génese, florescimento e decadência organísmicas. As sociedades dependem para a sua génese, a sua existência harmoniosa continuada e a sobrevivência, das acções dos seres humanos componentes. A natureza do homem e a liberdade da sua acção para o bem ou para o mal são factores essenciais na estrutura da sociedade. A ordem da sua existência não é nem um mecanismo nem um organismo, mas depende da vontade dos homens para criá-la e mantê-la. Além disso, a ordem de uma sociedade não é um projecto para ser traduzido, com boa vontade, para a realidade. Ela deve ser descoberta — com uma amplitude de imaginação e experimentação, de tentativa e

erro; ela requer aperfeiçoamentos e deve ser adaptada a circunstâncias mutáveis. Há a tensão previamente mencionada na ordem social entre padrão e realização, entre realização e potencialidade de irrealização, entre um tactear pelo conhecimento da ordem e a cristalização desse conhecimento em regras articuladas, entre a ordem como foi projectada e a ordem como foi realizada, entre o que deve ser e o que é.

A fonte derradeira, irredutível, desta tensão é um conjunto de experiências que, numa análise da natureza do direito, não podem ser mais do que esboçadas.

O homem tem a experiência de participar através da sua existência, numa ordem do ser que não só o abrange a si mesmo, mas também Deus, o mundo e a sociedade. Esta é a experiência que se pode tornar articulada na criação de símbolos da ordem penetrante do ser, tal como os previamente indicados *maat* egípcio, ou *tao* chinês, ou *nomos* grego. O homem experiencia, outrossim, a ansiedade da queda possível desta ordem do ser, com a consequência da sua aniquilação na parceria do ser; e, correspondentemente, ele experiencia uma obrigação de sintonizar a ordem da sua existência com a ordem do ser. Finalmente, ele experiencia a queda possível e a sintonia com a ordem do ser como dependente da sua acção, isto é, ele experiencia a ordem da sua própria existência como um problema para a sua liberdade e responsabilidade. No âmbito da sociedade, a realização da ordem do ser é experienciada como o fardo do homem. Quando nos referimos à "tensão" na ordem social, nós encaramos esta classe de experiências. A fim de ligá-las mais estreitamente com o problema da "normatividade" nas regras jurídicas, nós podemos falar delas como o dever em sentido ontológico.

§3 — A regra como norma

O dever não é, assim, em si mesmo um "postulado" ou uma "norma", mas a tensão experienciada entre a ordem do ser e a conduta do homem. Na órbita desta tensão, as regras acerca da

ordem social são mais do que observações empíricas acerca das regularidades de acção. Uma vez que o problema da ordem é precisamente a tensão entre a conduta empírica e a ordem verdadeira, as regras jurídicas, quer elas sejam regras gerais ou regras individuais para as partes num caso concreto, têm o carácter de projectos de ordem. Quer a regra empregue ou não a fórmula "Farás" ou "Não Farás", ela tem esse significado quando projecta os tipos a que a conduta dos seres humanos se supõe conformar-se. A chamada "normatividade" da regra deriva, por conseguinte, da tensão ontologicamente real na ordem da sociedade.

Nesta normatividade devem-se distinguir os três componentes seguintes:

1 — A regra, quando descreve um tipo de acção a que os homens se "devem" conformar ou, no caso dos crimes, se "não devem" conformar, tenciona exprimir uma verdade sobre a ordem concreta da sociedade respectiva. Ela tenciona dar uma resposta verdadeira à questão do que "deve" ser feito. Sob este aspecto da normatividade, a regra é pretendida como uma proposição verdadeira acerca do dever em sentido ontológico.

2 — A regra, no seu contexto da ordem jurídica, não é meramente um pedaço de informação sobre o dever da ordem. Ela foi decretada, no decurso do processo de criação do direito, com a intenção de que seja atendida e obedecida pelos membros da sociedade. A normatividade da regra contém, como um segundo componente, um apelo àqueles a quem é dirigida para integrar a verdade sobre o dever nas suas vidas. É suposto os membros da sociedade que são definidos pela regra como os seus destinatários (por exemplo, receptores de rendimento tributável, senhorios, sociedades comerciais, companhias de seguros, segurados, condutores de automóveis, pais, todas as pessoas nas suas aptidões como ladrões ou assassinos potenciais) realizarem concretamente na sua conduta a ordem da sociedade como encarada pela regra.

3 — A informação sobre a verdade da ordem e o apelo para a realizar não esgotam ainda o fenómeno da normatividade. Uma verdade, a fim de apelar eficazmente e para ganhar adeptos, deve ser comunicada; e um apelo não será eficaz se ninguém o escutar. Por isso, a regra inclui, como um terceiro componente da sua normatividade, a pretensão de ser atendida. A ignorância do direito, como todos nós sabemos, não é desculpável; um segurado não vencerá uma acção judicial por uma pretensão injustificada com o argumento de que ele não leu as letras pequeninas. Pondo de parte, de momento, as questões das decisões judiciais individuais e das transacções jurídicas entre cidadãos privados, o "direito" pretende ser conhecido. O seu apelo é "público".

§4 — O carácter público da norma jurídica

Os componentes da normatividade formam uma unidade inseparável; mas, especialmente através do terceiro dos componentes, a pretensão de ser público, problemas diversos emergem tanto na prática da ordem como na teoria jurídica. Uma proposição acerca de uma verdade sobre a ordem deve ser formulada por alguém, e o seu apelo, para ser aceite, deve ser dirigido pelo proponente ao destinatário. O significado normativo de uma regra envolve, pelo menos, duas pessoas face a face num acto de comunicação, ainda que uma das pessoas possa ser o eu pensador que formula uma regra para ser seguida pelo eu agente.

Mas onde está o proponente pessoal da regra no caso do direito? A regra jurídica, especialmente a regra da lei sob as condições da sociedade moderna, não é obviamente uma advertência ou ordem emitida por um ancião digno ao destinatário. Ela é uma regra criada num processo complicado que obscurece as contribuições pessoais para a sua elaboração. O processo, outrossim, está coberto por um simbolismo que oblitera completamente toda a autoridade pessoal, porquanto as leis de uma

democracia moderna emanam dos representantes do povo em assembleia legislativa e, enfim, do próprio "povo". Ninguém, além disso, se entregará à presunção extravagante de que a massa dos destinatários "ouviu" realmente o direito em obediência ao qual eles supostamente ordenam a sua conduta. Austin, na sua jurisprudência analítica, tentou afrontar a situação fenomenal com a interpretação de que o direito é a ordem do soberano. Em face dos fenómenos, todavia, a interpretação dificilmente merece o nome de "teoria"; ela não é mais do que uma metáfora conveniente para encobrir um problema que provou ser demasiado difícil para resolver.

Ela é de facto uma situação fenomenal muito singular. Nós podemos duvidar de que a proposição da regra acerca do dever seja particularmente verdadeira; podemos mesmo suspeitar de que algum grupo de pressão usou a sua influência para tornar a ordem proveitosa para si e prejudicial para nós, de maneira que a regra é, com efeito, deliberadamente falsa; nós podemo-nos perguntar, devido aos defeitos técnicos de uma lei, se alguém fez, de todo, algum esforço sério para formular uma verdade acerca da ordem da sociedade; podemos descobrir que a regra possui para nós pouca atracção e que não é exactamente convincente; nós podemos ter apenas a noção mais nebulosa sobre quem realmente fez essa regra — e contudo nós consideramo-la uma regra válida contanto que, em face dela, certos processos tenham sido seguidos na sua elaboração. Além disso, consideramo-la a nós dirigida e obrigatória para nós, ainda que nunca a tenhamos ouvido e sejamos grandemente surpreendidos, quando nos empenhamos num tipo novo de actividade que tem implicações jurídicas, pelas regras que governam uma área das relações sociais de que nós não tivemos experiência prévia. Tudo soa como um elaborado jogo de fingimento. De facto, existe um elemento de jogo na situação. Platão sabia-o quando, nas suas *Leis*, falou do "jogo sério"; e um filósofo e historiador do nosso próprio tempo, Johan Huizinga, salientou este factor no seu *Homo Ludens*. Mas a clarificação intelectual deste assunto deve ser adiada até que alguns outros preliminares sejam esclarecidos.

Há primeiro que tudo a questão prática de o jogo, por mais singular que possa parecer, ser levado a sério em toda a sociedade. É suposto as regras jurídicas serem realmente normas de ordem; e é suposto os membros da sociedade, quaisquer que sejam as suas opiniões, comportarem-se realmente eles mesmos em conformidade com os tipos de acção projectados pelas regras. O processo de criação do direito é, na verdade, ontologicamente parte da maneira em que uma sociedade tem uma existência ordenada; e a presunção de que as regras são normas, e que podem ser normas em relação aos destinatários apenas se elas forem comunicadas, é consideravelmente mais do que uma ficção teórica. Essa presunção pertence à esfera pré-analítica; e toda a sociedade tem disposições elaboradas na sua esfera fenomenal com o propósito de alcançar a comunicação efectiva.

O fenómeno em que um jurista pensará imediatamente nesta conexão é a "decretação" da lei. Uma lei é válida apenas se se tornar pública. Alguns países têm jornais oficiais para a publicação de leis, e as suas constituições podem dispor que uma lei vigora apenas quando decorra um número específico de dias após a publicação na edição respectiva do jornal oficial. A nossa Constituição não toma disposições específicas para a decretação, mas presume que um projecto de lei se torna uma lei quando é aprovado pelo presidente através da sua assinatura, ou quando decorreram dez dias após a transmissão do projecto de lei ao presidente para a sua aprovação. Contudo, nós temos, como tem cada país, meios de publicação pelos quais os textos das leis se tornam rapidamente acessíveis ao público. Nós temos, além do mais, um *Registo Federal* para a publicação de regulamentos, e uma profusão de outros meios para a publicação de decisões judiciais, decisões de organismos administrativos, decisões e pareceres da Procuradoria-Geral da República, e etc..

Mesmo este enorme aparato, não obstante, não parecerá muito convincente ao cidadão vulgar que nunca na sua vida olhará para qualquer destas publicações. Ele objectará que,

apesar de todo este esforço, apenas os juristas conhecem o direito — e a sua observação pode aparentar saber a queixa acerca de extorsão. Embora a queixa possa extrair o seu sabor das suas experiências pessoais, a objecção é definitivamente injustificada. Pois a função do jurista é precisamente preencher a lacuna entre o mecanismo de publicação, quer do governo quer das editoras privadas, e o conhecimento do membro leigo da sociedade.

Conhecer o direito requer uma dedicação profissional que absorve o homem por inteiro. O cidadão cujo tempo e energia são absorvidos pelo trabalho em que ele se especializou não pode ser ao mesmo tempo um perito jurídico — dificilmente sob condições sociais e económicas primitivas, e certamente que não sob as condições da sociedade contemporânea. O leigo, quando uma questão jurídica complicada surge no decurso da sua actividade diária, deve suprir o seu conhecimento fragmentário do direito com o conhecimento pericial de um jurista. O conhecimento do jurista é o *seu* conhecimento do direito. Por isso, quando um homem se empenha numa actividade complicada sem conselho jurídico e fracassa, nós não teremos pena dele como vítima da presunção injustificada de que o destinatário do direito conhece o direito, mas, antes, repreendê-lo-emos pela sua imprudência, senão mesmo estupidez.

A profissão jurídica como uma posição na sociedade tem, assim, uma função pública na manutenção da ordem da sociedade, na medida em que o conhecimento profissional do jurista é o mediador entre a ordem jurídica e o conhecimento que o cidadão tem do direito. Este estado de coisas é reconhecido fenomenalmente através da provisão institucional para o treino dos juristas, para a manutenção dos padrões, para as regras de ética profissional, para o patrocínio apropriado a réus em casos criminais, e através da organização privada de apoio jurídico a pessoas que não possam pagar a advogados.

À luz destas observações sobre a decretação e as funções dos juristas, a presunção de que o cidadão conhece o direito e, em virtude do seu conhecimento, é obrigado por ele, parecerá

algo menos fantástica. Mas precisamente esta elaborada instalação social para comunicar o conhecimento do direito torna ainda mais evidente que a normatividade da regra jurídica não é, meramente, a ordem de uma pessoa a outra pessoa.

V

A REGRA COMO PROJECTO

Nós tivemos de colocar as regras da ordem jurídica, com a sua normatividade peculiar, no contexto do processo de criação do direito. Por sua vez, nós tivemos de colocar o processo de criação do direito no contexto mais amplo de uma sociedade a cujos membros as normas se dirigem. As normas adquiriram, assim, o carácter de projectos para a ordem concreta da sociedade; e, no cerne desta ordem, nós encontrámos o dever em sentido ontológico, a tensão na sociedade que requer os esforços elaborados para criar e manter a ordem e, com a ordem, a própria existência da sociedade.

Se agora nós mesmos nos posicionarmos no centro ontológico da tensão, vemos que o processo de criação do direito é apenas um entre diversos tipos de esforços para projectar e realizar a ordem da sociedade. Isto não é surpreendente, pois a ordem social não é só a actividade do jurista, mas também a de todo o membro da sociedade. A organização da vida pessoal de um homem com respeito ao seu trabalho, à sua subsistência e da sua família, a calculabilidade do futuro para o qual ele deve fazer planos, as perspectivas do seu sucesso nos negócios, a

natureza dos negócios que ele pode empreender em vista da estabilidade ou instabilidade da ordem, as possibilidades de ascensão social, as perspectivas para o futuro dos seus filhos, e etc., estão inextrincavelmente entrelaçadas com a ordem social como um todo.

A existência humana é social, e não há uma linha clara que separe a ordem pessoal da social. Toda a sociedade murmura com o debate acerca da justiça e da injustiça, a vantagem e a desvantagem da ordem tal como ela existe, e este debate resulta em reflexões acerca do direito: o que o direito deve ser ou não deve ser, que leis velhas já não são adequadas às condições actuais, que outras leis deveriam ser feitas, que abusos ocorrem sob o direito actual, o que se deveria fazer acerca disso, etc.. A sociedade toda está animada com projectos de ordem em vários graus de articulação e racionalidade, de boa-vontade reformista e ressentimento violento, de pressão efectiva e raiva impotente. Um relance breve a estes fenómenos auxiliará a distinguir mais claramente a normatividade específica dos projectos chamados "o direito".

§1 — Os dois tipos de projectos

Duas classes de fenómenos interessam ao nosso propósito: 1) os projectos que pretendem ser realizados empiricamente numa sociedade concreta; e 2) os projectos que pretendem estabelecer padrões de ordem verdadeira, mas com pouca ou nenhuma expectativa de se realizarem concretamente.

À primeira classe pertence uma variedade de fenómenos que podem ser arrumados por ordem da sua distância ao processo de criação do direito em sentido técnico. Mais próximos desse processo, e misturando-se com ele, estão os preparativos para a decretação de uma lei. Sob a Constituição, o processo legislativo começa com a apresentação de um projecto de lei por um membro do Congresso na sua respectiva Câmara. O acto juridicamente relevante de apresentação é, por

conseguinte, estabelecido num ambiente de esforços projectivos por pessoas que têm interesse que se torne lei um projecto de lei com esse conteúdo. Uma tal pessoa pode ser o representante agindo por sua própria iniciativa ou, mais frequentemente, a pedido dos seus eleitores ou de outros indivíduos ou grupos, com a ajuda de juristas independentes ou do serviço de redacção legislativa. Podem acontecer coisas estranhas a um projecto de lei após a sua apresentação, quando uma comissão consegue influenciá-lo, o emenda de várias maneiras, o combina com outros projectos de lei acerca do mesmo assunto, e finalmente relata à Câmara um projecto de lei que talvez ninguém jamais tenha apresentado.

Em todos os países, o ramo executivo do governo tem uma função especial na preparação de projectos de lei. Em países com constituições parlamentaristas, os membros do governo podem apresentar projectos de lei, e estes projectos de lei são preparados pela burocracia. Sob a nossa Constituição, embora o ramo executivo não tenha direito a apresentar projectos de lei, ele apresenta-os *de facto* através de membros influentes do Congresso. Em qualquer caso, tais projectos de lei não são preparados no vazio, mas articulam projectos legislativos que reflectem os desejos de vários grupos na comunidade, ou directamente ou à moda indirecta de promessas da campanha na base da qual foi eleito o governo no poder; e, inevitavelmente, as políticas de burocratas influentes serão um factor adicional a ter em conta na formulação do projecto.

Para além desta área de preparação imediata para o processo de criação do direito, situa-se a área muito mais vasta do debate *de lege ferenda*. Aqui, nós encontramos a discussão da legislação desejável por várias associações e instituições, com as suas ramificações na imprensa, nos periódicos, em memorandos, junto com a plétora de meios pelos quais os grupos de pressão levam os seus desejos perante o público. Um subfenómeno muito importante nesta classe, cobrindo uma área ampla da ordem social, é a redacção de códigos-modelo por várias associações profissionais e instituições criadas com esse propósito.

Em todos estes casos, nós podemos falar de projectos de projectos, ou de projectos de segundo grau.

Ainda mais afastado dos projectos imediatos, e ainda mais vasto em extensão, está o debate político geral acerca das reformas sociais à luz dos princípios que, se alguma vez se aproximarem da realização, requererão implementação por um corpo enorme de legislação nova. Se, por exemplo, numa sociedade que até agora não tinha nenhumas instituições desta espécie, um partido político fizer seu o programa de introdução do serviço médico gratuito para todos, ou de nacionalização de grandes segmentos da indústria do país, como ocorreu não há muito na Grã-Bretanha, são necessários esforços elaborados prolongados durante muitos anos, não só para converter a opinião pública aos programas deste tipo, mas também para preparar no pormenor concreto a redacção dos projectos de lei a implementar.

Pelos fenómenos desta variedade, nós somos remetidos mais além, de volta ao processo político, à formação de partidos políticos e aos seus programas, à articulação e adaptação das políticas com o propósito de obter votos, etc.. Para além desta área do processo político em geral, situa-se a franja da vocalização mais ou menos infrutífera de opiniões acerca das reformas desejáveis da ordem, desde as razoáveis, mas impopulares, até às irracionalmente utópicas e completamente patológicas.

O carácter de projecto das regras desdobra-se, assim, numa amplitude de fenómenos que inclui, num extremo, a sugestão simples e sóbria de emenda de uma lei que provou ser insatisfatória na prática e, no outro extremo, os projectos utópicos para a federação mundial e a paz perpétua.

Os fenómenos em projecto da primeira classe, por mais distantes do próprio processo de criação do direito e por mais distanciados de qualquer possibilidade de realização, são, ao menos pela sua intenção, projectos a ser traduzidos para a realidade da ordem social. Consideravelmente mais intricados são os fenómenos da segunda classe, representados pelas

constituições-modelo tal como nós as encontramos nos filósofos clássicos, Platão e Aristóteles. Sem dúvida, tais modelos também têm o carácter de projectos; e esse carácter é mesmo salientado, como, por exemplo, nas *Leis* de Platão, quando o modelo surge de um diálogo com o membro de uma comissão que está encarregada da redacção de um projecto constitucional para uma colónia prestes a ser fundada. É um manifesto absurdo, não obstante interpretar tais modelos, como fazem tão frequentemente os autores contemporâneos, como utopias, como constituições ideais (o que quer que isso signifique) que revelam a mente impraticável ou irrealista do filósofo típico. Platão e Aristóteles eram observadores sagazes da situação política circundante, consideravelmente mais realistas que os políticos governantes e o povo, que não viram os sinais do desastre iminente e que não se decidiram quanto às medidas apropriadas, até que a conquista macedónia pôs um fim às suas disputas insignificantes. Os filósofos não só compreendiam a natureza da ameaça macedónia à existência da *polis*, mas também estavam completamente cientes — e disseram-no expressamente mais de uma vez — de que a *polis* estava podre sem remissão e pronta para a queda. Nessa situação, como eles compreendiam plenamente, os projectos para a reforma da ordem da *polis* teriam sido piores que "irrealistas" — teriam sido estúpidos. Se Platão e Aristóteles empreenderam as tarefas de construir os seus modelos enquanto a *polis* se aproximava do desastre perante os seus olhos — e realmente ela foi dominada por ele dez anos depois da morte de Platão e durante a vida de Aristóteles —, o seu trabalho não era um projecto para a melhoria de uma ordem obviamente morta. Em busca dos seus motivos não é preciso entregar-se a especulações fantasistas, mas pode-se aceitar a sua palavra em que eles estavam empenhados numa indagação acerca da verdade sobre a ordem na sociedade — uma indagação motivada, sem dúvida, pela ausência da ordem verdadeira na sociedade circundante, mas uma indagação que terá a sua validade como um trabalho de *episteme politike*, mesmo se a sociedade que a inspirou estava moribunda e já não podia ser salva pelo remédio.

A indagação sobre a ordem verdadeira da sociedade, não obstante a questão de saber se a sociedade circundante é um campo adequado para a sua realização, desenvolve-se, nos filósofos clássicos, numa ocupação autónoma da mente humana — uma empresa que apenas pode ser bem sucedida porque a ordem verdadeira da sociedade é a ordem em que o homem pode desenvolver plenamente as potencialidades da sua natureza. A natureza do homem, o seu *logos*, torna-se o tema central de uma ciência da ordem social; a ciência da natureza humana, a antropologia filosófica, torna-se a peça central da ciência política; e a natureza do homem, tal como se desdobra na existência do filósofo, bem como na existência humana desordenada da sociedade circundante, torna-se a matéria empírica para a indagação. A ordem verdadeira da sociedade é a realidade viva na alma bem ordenada do filósofo, tornada consciência nítida pela recusa do filósofo em sucumbir à desordem do seu ambiente.

§2 — Os processos empírico e filosófico de criação do direito

De momento, nós estamos preocupados, não com os resultados do trabalho platónico-aristotélico, mas com a sua intenção. Os filósofos desenvolvem projectos de ordem que eles não esperam que sejam decretados como regras válidas através do processo de criação do direito da sua sociedade. O trabalho é feito quando o diálogo ou o tratado é escrito; a projecção da ordem verdadeira está concluída. Se surgirem historicamente as condições sob as quais uma tal ordem possa ser decretada por uma sociedade empírica, tanto melhor, embora nem Platão nem Aristóteles esperem ver cumpridas estas condições. O filósofo torna-se, assim, o legislador da ordem verdadeira por direito próprio, rivalizando com o legislador da sociedade empírica com a sua ordem de verdade duvidosa. Esta criação do direito em dois níveis, tal como surge fenomenalmente na história da humanidade, especificamente na Hélade do século quarto a.C.,

põe em evidência a tensão entre a sociedade empírica, com a sua ordem empírica gerada pelo seu processo empírico de criação do direito, e a ordem verdadeira da sociedade que deriva do dever em sentido ontológico tal como é experienciado pelo filósofo. O problema do direito não se esgota pela mera existência de uma sociedade sob uma qualquer espécie de ordem que, por acaso, é criada pelo processo de criação do direito. O direito empírico pode ser medido pelos padrões do direito verdadeiro desenvolvido pelo filósofo.

Os dois processos de criação do direito, o empírico e o filosófico, estão relacionados um com o outro. A análise filosófica penetra até à essência do dever em sentido ontológico; e, na base dos discernimentos ganhos, o filósofo tenta esboçar os tipos de conduta que serão optimamente adequados para traduzir a verdade acerca da ordem, tal como ela vive na alma do filósofo, para a prática da sociedade. O peso do trabalho situa-se, por conseguinte, na indagação da natureza da ordem verdadeira. Os projectos-modelo, embora sejam mais do que dispositivos literários, têm o carácter de elaborações secundárias e não devem ser tomados por regras com validade autónoma. Um relance às *Leis* de Platão mostra que as "leis" desempenham quantitativamente um papel algo insignificante em comparação com os preâmbulos, isto é, com a exposição extensa das razões para a sua formulação. Os intérpretes modernos queixaram-se frequentemente de que o projecto platónico de direito na *República* é fragmentário, omitindo a consideração de áreas inteiras do direito — uma queixa a que o próprio Platão deu a resposta que qualquer um pode elaborar os projectos jurídicos se ele compreendeu a essência da ordem e realizou a ordem na sua própria vida. Aristóteles conduz a sua análise da essência da ordem através de dez livros da *Ética* e seis livros da *Política* antes de, na *Política* VII e na fragmentária VIII, se voltar para a elaboração do seu modelo.

Contudo, embora os modelos sejam secundários para a análise da essência, eles não são supérfluos. A análise do filósofo é motivada pela resistência em si mesmo da ordem

substantiva à desordem na sociedade empírica. O trabalho do filósofo é um acto de julgamento sobre a ordem empírica, animado pela reivindicação de que a ordem empírica se deve conformar mais de perto aos tipos que expressem adequadamente a verdade da ordem. O filósofo não está fora da esfera de criação do direito, mesmo que ele saiba que a sociedade empírica não prestará atenção ao seu conselho. Pelo contrário, uma vez que o dever em sentido ontológico é a realidade da ordem, o processo empírico de criação do direito afastou-se demasiado da realidade para ter o peso completo da normatividade. O filósofo, por conseguinte, ainda que não comece uma revolução no seu país (uma saída expressamente rejeitada por Platão), retirar-se-á da participação no processo de criação do direito e recusará os cargos públicos para que não se torne um cúmplice das acções injustas do governo. A responsabilidade de criação do direito recai sobre ele quando os criadores do direito empírico se tornam desleixados nos seus deveres. Os modelos do filósofo estão, assim, intimamente ligados à ordem empírica como os padrões da sua normatividade.

O projecto do filósofo e a ordem empírica, além disso, não são absolutamente opostos, mas estão ligados por projectos transitórios que se aproximam, mais ou menos de perto, da realidade do dever. Por isso, Platão não só desenvolveu o projecto de uma *polis* em que os filósofos são reis, mas encarou, nas *Leis*, uma segunda melhor *polis*. Nesta *polis*, os governantes, embora eles mesmos não sejam filósofos, são treinados nos resultados da filosofia como um credo de maneira que, à luz de um dogma filosófico mínimo, eles farão as leis o melhor que puderem. Platão ponderou mesmo a possibilidade de haver um terceiro e um quarto melhores projectos, se o segundo e o terceiro melhores também provassem ser demasiado difíceis de suportar pela fraqueza do homem sob as circunstâncias empíricas.

O nosso interesse aqui não é, todavia, o pormenor do trabalho muito extenso de Platão, mas o seu princípio: a ordem empírica de uma sociedade é capaz de graus de realidade, na medida em que ela articula a tensão do dever em sentido

ontológico que é o objecto da indagação filosófica. A normatividade do direito é participação na ordem verdadeira. Ela é uma normatividade substantiva, e não uma normatividade formal. Nem tudo o que se torna conteúdo da ordem jurídica é direito fora de questionamento posterior. Se a normatividade substantiva do processo de criação do direito declinar demasiado, haverá descontentamento na sociedade que pode assumir proporções revolucionárias — a não ser que a situação tenha degenerado a um ponto fora de controlo, e a dissolução substantiva da sociedade a torne presa de conquista. Isto tornou-se um problema eminentemente prático no nosso tempo, quando a ascensão de ditaduras ideológicas, com a sua supressão brutal da ordem verdadeira na vida do homem, levanta agudamente a questão de saber como acabará o conflito entre a ordem verdadeira e o poder maciço de uma ordem empírica carente de substância normativa.

VI

A VALIDADE IMPESSOAL DAS REGRAS JURÍDICAS

A análise pode agora voltar à questão que motivou o exame dos fenómenos projectados, isto é, à normatividade peculiar das regras jurídicas. As regras, dissemo-lo, são dirigidas por uma pessoa a outra pessoa; elas pretendem expressar uma verdade acerca da ordem; elas apelam ao destinatário para conformar a sua conduta à verdade normativa da regra; e, a fim de produzirem o seu efeito, elas devem ser comunicadas. Sob todos estes pontos de vista, as regras jurídicas provaram ser peculiares. É difícil determinar a pessoa que as emite; a sua verdade é frequentemente questionável; o seu apelo pode não ser muito bem sucedido; e a comunicação deixa muito a desejar. Os fenómenos do direito examinados agora mesmo podem ser introduzidos na análise.

§1 — A sociedade como uma entidade autoconstituinte

As regras pretendem transmitir uma verdade acerca da ordem. Elas referem-se, enfim, ao dever em sentido ontológico,

isto é, à tensão experienciada entre a ordem do ser e essa parte da ordem que tem de ser estabelecida na sociedade através da acção humana. No núcleo ontológico da normatividade, nós encontramos duas pessoas que emitem regras para o homem agente: 1) Deus; e 2) o homem pensante, usando a sua razão e consciência. Para além deste núcleo ontológico, estende-se a existência do homem na sociedade; e, neste domínio da existência social, outras pessoas podem dirigir-lhe normas — pais, amigos, professores, anciãos, sacerdotes, filósofos e funcionários do governo. Para todos estes casos de regras que emanam de outras pessoas na sociedade concreta, a análise deve prosseguir com a maior cautela e disciplina, porque a mais pequena concessão às crenças convencionais conduzirá a construções terrivelmente erradas. Nós devemos insistir, em aparente conflito com toda a linguagem pré-analítica, que, para além das duas pessoas do núcleo ontológico, não há ninguém que possa emitir regras com autoridade normativa. Há um *ius divinum et naturale*, mas definitivamente não há um *ius sociale et historiale* autónomo. Todas as regras dirigidas de pessoa a pessoa numa sociedade devem contar com o núcleo ontológico para a sua autoridade normativa.

Apenas quando este ponto estiver estabelecido e firmemente seguro poderá, de todo, aparecer o problema apresentado pelas regras que exigem obediência por virtude da sua autoridade social. Nós já rejeitámos a interpretação de Austin do direito como o comando do soberano como uma metáfora superficial que nem sequer toca o problema; e nós podemos acrescentar que, pela mesma razão, nós devemos rejeitar as teorias de comando desenvolvidas mais tarde no século XIX, especialmente por académicos alemães. Este problema terá de ser desdobrado analiticamente a partir da observação pré-analítica que a feitura e emissão de regras sociais, como nós chamaremos ao género de que as regras jurídicas são uma espécie, é um processo dentro da própria sociedade.

As implicações desta observação simples são muito difíceis de prosseguir porque a análise é obstruída pela linguagem

quotidiana, mais preocupada com as tensões no campo social do que com a unidade do campo que é cindido pela tensão. Nós estamos habituados a falar nas dicotomias de governante e súbdito, governo e povo, pais e filhos, comandantes e soldados, e etc., e estamos dispostos a esquecer a entidade envolvente da sociedade *dentro* da qual ocorrem as relações respectivas de comando e obediência. A existência humana é ontologicamente social, não obstante todos os conflitos entre o homem e a força impessoal do campo social, em que ele existe como uma parte. A existência na sociedade, por força de nascimento e educação numa família, é ontologicamente, não por escolha, a maneira da existência humana. A alternativa à existência numa sociedade concreta — além de não ter nascido de todo, ou de ter cometido suicídio — não é a existência solitária, mas a existência numa outra sociedade concreta. A organização da vida pessoal do homem em sintonia com a verdade da ordem apenas é possível dentro da estrutura da ordem social. Uma sociedade tem uma *raison d'être*, por conseguinte, apenas na medida em que ela permite aos seus membros ordenar as suas vidas na verdade.

Os vários aspectos deste problema foram vistos nas construções teóricas do significado do governo e da sociedade. Aristóteles insistiu em que uma sociedade apenas era verdadeiramente ordenada quando tornava possível o *bios theoretikos*. O nosso credo oficial americano insiste em que o governo é uma organização com o propósito de garantir a vida, a liberdade e a procura da felicidade para as pessoas que sob ele vivem — embora o nosso credo seja algo menos claro que Aristóteles sobre a natureza da felicidade. Rousseau insistiu fortemente na identidade do governante e do governado na feitura do direito, de maneira que as regras sociais são feitas por aqueles que lhes obedecem. Nesta identificação de governante e governado, ele podia-se basear na construção anterior de Hobbes, em que o homem, como membro da sociedade, abole a sua personalidade e recebe de volta a ordem da sua vida através da ordem que emana do soberano que ele criou.

Poder-se-iam alargar as observações tanto aos fenómenos como às construções, mas nenhum alargamento aumentará o resultado analítico: a sociedade é uma entidade autoconstituinte; as suas regras não são emitidas nem por uma sociedade exterior aos seus membros para os seus membros, nem por uma pessoa exterior à sociedade para a sociedade; a sociedade existe porquanto ela desenvolve um processo auto-ordenador, e o processo auto-ordenador é a maneira da sua existência. A sociedade, poder-se-á dizer, emite as regras sociais, incluindo as regras jurídicas, para si mesma. Essa formulação é, sem dúvida, absurda, porque uma regra é o que uma pessoa emite para outra pessoa. Mas, precisamente, esta fórmula absurda aguçará a consciência para a dificuldade na análise da ordem jurídica, isto é, para o carácter impessoal da regra jurídica.

A regra jurídica não tem nem um remetente pessoal nem um destinatário pessoal. Esta dificuldade não pode ser superada ao erigir a sociedade, o Estado, ou o soberano num remetente pessoal fictício, e ao erigir o homem vulgar, que apenas está vagamente familiarizado com o direito, num destinatário pessoal fictício que ouve as regras que lhe são dirigidas. Por esta razão, nós tivemos de rejeitar as teorias de comando que se entregam a estas construções. Pela mesma razão, nós devemos rejeitar as tentativas para chegar a uma "definição" da regra jurídica por formar primeiro um género "regra", e então distinguir especificamente entre regras autónomas e heterónomas, ou por tornar a sanção pela força governamentalmente organizada em diferença específica que distingue as regras jurídicas das regras de usos e costumes, impostas pela pressão social, e das regras morais, impostas pela consciência ou temor a Deus. Tais distinções pela lógica dos manuais movem-se no nível pré-analítico. A classificação dos fenómenos não tem utilidade quando um problema ontológico requer análise.

§2 — A representação da sociedade

As regras jurídicas são impessoais na medida em que elas não são emitidas por uma pessoa. Uma vez que apenas as pessoas podem emitir regras, parece concluir-se que as regras jurídicas não podem, de todo, existir e que o que comummente passa por este nome não tem o carácter de uma regra, mas é algo inteiramente diferente. Essa conclusão estaria, todavia, em desacordo com a experiência e linguagem quotidianas acerca das regras jurídicas. Uma vez que, por um lado, o resultado analítico terá de se manter, e uma vez que, por outro lado, a análise, como nós salientámos repetidamente, não deve tornar absurda a experiência pré-analítica, nós devemos voltar aos fenómenos para obter indicações suplementares da natureza do direito. O problema que se sugere mais urgentemente a si mesmo é criado pela questão: como pode uma sociedade, não sendo uma pessoa, de todo emitir regras?

A resposta a esta questão é simples ao nível fenomenal: uma vez que a sociedade, uma não-pessoa, não pode emitir regras, elocuções na forma de regras que emanam de pessoas reais são consideradas, sob certas condições, serem regras válidas para a conduta dos membros da sociedade. Obviamente, nem a cada tal elocução, emanando de pessoas ao acaso, lhe é conferido o carácter de validade. Quando uma pessoa com convicções mais fortes do que a sua inteligência se encarrega a si mesma de nos ensinar o que nós devemos fazer, ignoramos o seu conselho; e quando ela persiste, e as suas arengas ocupam demasiado o nosso tempo, nós dizemos-lhe para se meter na vida dela. O pretenso legislador é uma figura vulgar em cada sociedade, e nós podemos distingui-lo do legislador real, a quem conferimos o estatuto de representante da sociedade. Uma plétora de homens existe como uma sociedade ordenada na medida em que ela está articulada em governantes e governados. Uma sociedade nasce através da articulação social que resulta na criação e aceitação de um representante, e ela perdura contanto que tenha aceite representantes. A organização para a

acção, tanto interna como externa, através de um representante, é a maneira pela qual uma sociedade existe. O processo de criação do direito, da feitura da constituição às decisões administrativas e judiciais individuais, é a auto-organização da sociedade para a sua existência ordenada através de representantes.

A génese da sociedade através da criação e aceitação de um representante, e as vicissitudes de representação numa sociedade após ela nascer, forma um campo vasto de estudo na ciência política. Ele situa-se para além do alcance da análise presente. Nós estamos interessados na representação apenas como um factor essencial no processo de criação do direito. As regras jurídicas são feitas de facto por seres humanos, não pela sua autoridade como pessoas, mas pela autoridade do seu estatuto como representantes da sociedade. Uma vez que o legislador age como um representante, não como uma pessoa, é possível criar órgãos colectivos de legiferação, tais como assembleias legislativas, cujos actos têm claramente carácter impessoal representativo. A distinção entre pessoa e representante mantém-se verdadeira também nos casos de regras emanadas de um só ser humano, como, por exemplo, de um só juiz em tribunal. Nós aceitamos a decisão do juiz em audiência como válida, não por causa da sabedoria e justiça da sua decisão, mas porque ele é o representante da sociedade cuja posição deriva, enfim, da constituição. Nós cumprimos a sua decisão, não porque concordemos com a sua verdade — provavelmente manteremos uma opinião diferente acerca da verdade quando a decisão for contra nós — mas porque nós desempenhamos, na nossa qualidade de cidadãos, os nossos papéis representativos como membros da sociedade organizada que respeitam a sua ordem.

§3 — O cálculo do erro

Esta peça de representação é realizada, não como *l'art pour l'art*, mas como uma necessidade para a existência ordenada do

homem em sociedade. O seu propósito é a realização da ordem, e a ordem não é o prazer de alguém, mas a organização substantiva da vida humana em sintonia com a ordem do ser tal como é experienciada no dever em sentido ontológico.

Uma vez que o representante, quer seja mais elevado ou mais humilde na hierarquia do processo de criação do direito, quer seja colectivo ou individual, é humano em todo o sentido da palavra, ele pode abusar da sua posição representativa e emitir regras que divergem largamente da verdade da ordem. Estes fenómenos de abuso são ingredientes constantes na prática de toda a ordem social; eles atraíram a atenção do teórico desde os próprios começos da *episteme politike* e motivaram tentativas de construção teórica. Platão e Aristóteles já distinguiam entre formas boas e más de governo conforme se o representante do momento prossegue o bem comum ou algum bem privado. O governo de um, de poucos, ou de muitos é bom se o representante prosseguir o bem comum; ele é mau se o representante prosseguir os seus interesses privados. As três formas boas chamam-se respectivamente monarquia, aristocracia e politeia; as três formas más chamam-se tirania, oligarquia e democracia. Mais uma vez, nós estamos interessados neste ponto, não com o conteúdo que pode ser dado ao conceito do bem comum, mas com o fenómeno da sua formação com o propósito de estabelecer o elo entre o processo de criação do direito e a substância ontológica da ordem.

A tensão entre a substância da ordem e o abuso possível do processo de criação do direito não é, além disso, meramente um objecto de contemplação para o filósofo, mas o motivo para experiências mais ou menos elaboradas com salvaguardas institucionais contra o seu abuso potencial. A separação de poderes, a Carta dos Direitos Fundamentais, a independência da judicatura, o sufrágio universal, e a eleição dos representantes por mandatos relativamente curtos são, sob a nossa Constituição, os dispositivos para reduzir a possibilidade de abuso a um mínimo. Mas mesmo os melhores dispositivos não são a toda a prova e não funcionam em todas as circunstâncias, por os

freios institucionais deverem eles mesmos ser preenchidos por seres humanos que não são superiores às fraquezas do homem. Em particular, os dispositivos do sufrágio universal e as eleições frequentes provaram ser desapontadores em muitos casos, porque a presunção de que a massa de homens vulgares é o repositório misterioso da vontade de ordem substantiva está errada. O homem vulgar é, sem dúvida, o principal sofredor quando o governo é mau, e a voz do povo está habitualmente certa quando ela se levanta em protesto. Mas, de tais observações verdadeiras, não se segue que os governos eleitos e aprovados entusiasticamente pela maioria do povo sejam particularmente bons — como mostraram exemplos recentes de governos totalitários.

A tensão entre a ordem verdadeira e a ordem empírica, concluímos, nunca pode ser abolida, embora a discrepância possa ser mantida, por vários dispositivos, num mínimo que não motive o povo para a revolta. Mesmo um representante não muito bom pode ser preferível a uma sublevação violenta, dada a desorganização inevitável e incalculável da vida que acompanha uma revolução e a probabilidade, nada certa, de que o próximo representante será melhor que o seu predecessor. A ordem imperturbada da sociedade entra, por seu direito próprio, na normatividade das regras jurídicas. Em toda a sociedade, o processo de criação do direito assenta, para a sua validade, sobre a compreensão de que uma margem considerável de erro deve ser permitida quanto à verdade da ordem em sentido ontológico. Embora haja limites para as proporções que o erro pode assumir, a existência numa sociedade imperfeitamente ordenada, com injustiças numerosas e mesmo grosseiras em casos singulares, é preferível à desordem e à violência. O cálculo do erro incluído no processo de criação do direito através de representantes da sociedade é um componente ulterior do carácter impessoal do direito positivo. A regra jurídica não é nem uma regra pessoal de razão e consciência, nem uma regra de direito divino do Decálogo ou do Sermão da Montanha.

§4 — O uso da força

Nós devemos considerar, finalmente, o elemento na validade da regra jurídica que muitos teóricos estão inclinados, sem análise ulterior, a tornar a sua característica específica, isto é, a sua sanção através da força.

O uso da força para a imposição da ordem jurídica é necessário por diversas razões. A primeira destas razões é o já discutido cálculo do erro. Uma vez que há uma discrepância entre a ordem verdadeira e a ordem empírica, a coacção é necessária a fim de eliminar a desobediência por parte dos cidadãos que sustentam que o conteúdo da regra não está de acordo com o dever em sentido ontológico. Nós não temos de aduzir casos extremos para ilustração. Nós apenas temos de imaginar o que aconteceria se os contribuintes pudessem recusar o pagamento até que as despesas do governo se sujeitassem a escrutínio racional à luz da ordem verdadeira. Só a Lei dos Rios e dos Portos forneceria razão suficiente para recusar o pagamento de impostos. O debate acerca da justiça do direito deve permanecer dentro das formas de criticismo político e acção política através de votação. Para que a existência da sociedade possa ser preservada, o debate não se pode permitir degenerar em decisão e resistência individuais.

A força é necessária, em segundo lugar, porque a questão da verdade em assuntos de ordem raramente permite uma resposta certa inequívoca. A estrutura de uma sociedade, especialmente de uma sociedade industrial moderna, é infinitamente complexa; saber qual das várias políticas possíveis a respeito de um problema específico está de acordo com o bem comum e, por conseguinte, deveria ser implementada por lei, será um assunto de prós e contras sem um peso claro para um ou outro lado. A decisão, quando for finalmente tomada, conterá um elemento de arbitrariedade. Mais uma vez, para que a sociedade possa sobreviver, o debate não pode prosseguir para sempre; e, uma vez a decisão tomada pelo representante, a desobediência

com o fundamento de que os méritos da medida estão ainda abertos à discussão não pode ser permitida.

A terceira e última razão porque a sanção pela força é necessária é a mesma a que Aristóteles concede a principal importância. Toda a organização social para elaborar e fazer cumprir o direito seria supérflua, argumenta ele, se os homens agissem de acordo com a ordem verdadeira sem compulsão ou ameaça de compulsão. Se os homens fossem sempre motivados pelo *aidos*, piedade ou vergonha, para se absterem de fazer o que é errado ou vergonhoso, o que profana a sua estatura de homens; ou se, no caso de um possível lapso, as admoestações pelos seus semelhantes fossem suficientes para tornar o potencial malfeitor consciente do que está a fazer e envergonhá-lo para a conduta recta; então não haveria necessidade do direito e do seu cumprimento como organização da sociedade para manter a sua ordem.

Mas isso não é a natureza do homem. Sem dúvida, a natureza do homem é ser uma pessoa, isto é, ordenar a sua conduta pela razão e pela consciência. Mas a natureza do homem é também não ser uma pessoa. Em primeiro lugar, o homem não brota no mundo como uma pessoa crescida mas nasce como criança. A sua personalidade é uma estrutura na alma que cresce lentamente e dificilmente alcança a maturidade antes da idade de trinta [anos]. Com alguns demora mais tempo. Uma proporção ampla de homens nunca atingem a plena estatura pessoal e, algumas vezes, o seu crescimento pára muito cedo. Para o homem crescido, Aristóteles usa o termo *spoudaios*, o homem maduro — mas quando ele fala acerca da possibilidade de realizar uma ordem verdadeira na *polis* helénica, ele nota que provavelmente em nenhuma *polis* grega se poderiam encontrar até cem homens maduros que pudessem formar o núcleo de um grupo dirigente adequado. Além das crianças que carecem do pleno desenvolvimento da personalidade, há em toda a sociedade "escravos por natureza", isto é, homens que, por uma razão ou por outra, nunca crescem até à maturidade, mas que precisam de pressões sociais, de advertências enérgicas e,

enfim, da ameaça da força para mantê-los no caminho recto. Eles poderão ainda ser membros úteis da sociedade em virtude das suas aptidões especiais; mas eles não são os membros que podem deixar a substância da ordem que vive no homem fluir para a ordem da sociedade, e com isso sustentá-la, pois muito pouco dessa substância vive neles. Os cientistas sociais contemporâneos observaram os mesmos tipos humanos que Aristóteles e falam deles como as personalidades introvertidas e extrovertidas — linguagem esta que se pode tornar ontologicamente enganadora, uma vez que o ponto é precisamente que as personalidades extrovertidas são assim norteadas porque elas são deficientes em personalidade.

Obviamente, nós podemos distinguir uma larga variedade de tipos humanos à escala da maturidade e imaturidade, indo do santo e do filósofo ao criminoso habitual. Tais tipos tornaram-se de facto objecto de estudos extensivos. O que é importante para a análise presente não é, todavia, o estudo empírico dos tipos, mas o facto de que esta amplitude de tipos tem as suas raízes na natureza do homem. Aquelas forças na alma que perturbam a sintonia da pessoa com a ordem do ser são tão essencialmente humanas quanto a experiência de ordem e o desejo de sintonia. Todo o homem tem de carregar o fardo das suas paixões demasiado humanas — do seu orgulho e inércia, da sua agressividade e falta de coragem, da sua justa indignação e falta de sabedoria, da sua frouxidão e falta de imaginação, da sua complacência e indiferença, da sua ignorância e loucura. Em resumo: a natureza do homem não tem nada de pessoal. Pelo contrário, ela contém um sector poderoso de anseios, paixões, concupiscências que não só são impessoais mas obstroem mesmo a formação e a acção do centro pessoal na alma. Por isso, o uso da força na sociedade não é necessário para impor uma ordem verdadeira à pessoa do homem — esse assunto resolver-se-ia por si mesmo se o homem fosse todo pessoa. Ele é necessário para impor uma ordem que exiba as marcas da personalidade humana à natureza impessoal do homem. Em particular, o uso da força é necessário para quebrar a

impessoalidade do homem quando ela tende a dilacerar a ordem da existência humana em sociedade.

Com respeito a este último ponto sugere-se, todavia, alguma cautela. A ordem da existência humana em sociedade, bem como o uso da força, deve ser compreendida na plenitude do seu significado ontológico. Talvez o uso da força não seja principalmente um meio "para proteger a sociedade" contra o infractor. Embora a punição, por exemplo, tenha certamente a função de proteger os membros de uma sociedade contra a desorganização das suas vidas pelas acções perturbadoras dos seus semelhantes, tem também o propósito de restaurar a ordem pessoal na alma do delinquente e, tanto quanto é possível, de reconstruí-lo como pessoa. Uma "filosofia" utilitarista do direito criminal obscureceria o problema que, na ordem e desordem da sociedade, o dever em sentido ontológico está em risco e que este dever tem o seu lugar na pessoa de todo e cada homem.

O uso da força na imposição da ordem jurídica, podemos sumariar, revela com uma clareza elementar a natureza impessoal da regra jurídica: a impessoalidade da ordem jurídica tem a sua fonte ontológica na impessoalidade da natureza humana.

VII

CONCLUSÕES

Nós começámos a análise a partir da experiência quotidiana do direito e penetrámos a partir da sua superfície fenomenal até ao seu núcleo ontológico. Nós podemos agora resumir os resultados da análise.

§1 — Os componentes da validade

A ordem jurídica não tem estatuto ontológico próprio. Contanto que seja o objecto de estudo sem qualquer relação com o seu contexto, a validade das suas regras nada mais é que o significado atemporal das proposições. As construções aplicadas a este corpo de significados conduzem ao impasse do paradoxo zenónico. Com a introdução de fenómenos contextuais, todavia, a validade das regras adquire um corpo de realidade. Nós podemos agora arrolar os componentes desta validade como o primeiro resultado da análise:

1 — As regras jurídicas, para começar, são proposições acerca da ordem da existência humana em sociedade. Nós

tivemos de qualificar esta estrutura do seu significado, todavia, pela observação de que o conteúdo actual de uma lei frequentemente não usa uma fórmula normativa. O texto de uma lei propõe, frequentemente, descrições e definições acerca de situações de facto, eventos e acções humanas. Embora o significado pretendido das descrições e definições possa ser completado sem dificuldade ao fornecer a fórmula normativa, é importante notar que o legislador conta com os fenómenos contextuais, isto é, com as interpretações feitas pelos membros da sociedade, para articular o significado pleno da sua obra. A própria estrutura do significado aponta além da regra para o campo da realidade social em que a ordem jurídica ganha a sua validade peculiar.

2 — Uma regra jurídica não é um significado no vazio. Ela é parte de uma sociedade em existência ordenada. Ela está integrada na realidade da sociedade ao tornar a conduta dos membros da sociedade o seu conteúdo. Ela não se refere à conduta humana, todavia, com a intenção de adiantar uma proposição verdadeira, baseada na observação empírica, acerca do comportamento de seres humanos. Uma regra jurídica não é uma proposição de ciência. A sua intenção não é cognitiva. Isto é assim ainda que, numa sociedade devidamente funcional, admitindo uma margem de erro, a conduta dos homens em certas situações possa ser prevista se se conhecer o que é o direito, pois a sua conduta é geralmente orientada para as regras jurídicas. É esta previsibilidade que motiva construções erradas acerca da natureza do direito.

3 — Embora a intenção da regra não seja cognitiva, a regra quer dizer, não obstante, uma verdade. Esse é o ponto talvez mais difícil de compreender no estado contemporâneo da desintegração filosófica. A normatividade não é uma qualidade que se vincule à forma gramatical das fórmulas imperativas ou normativas "Farás" ou "Não farás". Nós não somos obrigados a fazer algo só porque alguém nos diz "Faz isto" ou "Faz aquilo", nem mesmo se se provar ser mais prudente obedecer porque nos apontam um revólver. A fim de exibir o seu significado completo, nós devemos traduzir sempre a linguagem

da normatividade para o mais completo "É verdade que você deve fazer isto ou aquilo". A verdade da proposição resultante está sujeita a exame, tal como está a verdade de uma proposição com intenção cognitiva acerca de eventos no mundo das experiências dos sentidos.

O exame, que deve ser conduzido à luz da razão e da revelação, é, dada a natureza do caso, consideravelmente mais difícil que o exame de uma verdade acerca dos dados dos sentidos. Ainda assim, o dever é uma realidade nas experiências que nós delineámos. Pode-se conduzir sempre o argumento dentro da forma geral: se esta é a natureza do homem, e se o propósito da existência humana é levar esta natureza à sua realização plena tanto quanto é possível dentro das limitações dos poderes humanos, então este modo de acção é preferível a outro modo. O carácter normativo de uma acção contemplada pela regra não se vincula à forma da regra, como nós dissemos, mas à acção encarada; e, quer o alegado carácter da normatividade se vincule realmente ou não ao tipo de acção, é uma questão sujeita a exame crítico. Qualquer outra construção abandonaria a tensão ontológica do dever e poria a questão da ordem à mercê da força. A validade da regra jurídica contém, assim, o componente da normatividade no sentido ontológico.

4 — Obviamente, todavia, a validade da regra jurídica contém mais do que a normatividade do dever ontológico. O *ius positivum* não é o *ius divinum et naturale*. Na validade da regra jurídica entra, como um componente ulterior, a existência impessoal do homem em sociedade. Por causa da função do representante, o cálculo do erro, e a sanção pela força, este factor impessoal permeia o processo de criação do direito desde o seu princípio na criação do representante à execução das decisões individuais nos casos concretos. Esta autoridade do poder, como nós podemos chamar-lhe, não é uma fonte adicional de normatividade, pois não há existência do homem independente da ordem da sociedade. A ordem da existência humana é indivisivelmente a ordem da existência humana na sociedade. E o dever, tal como se descobre a si mesmo na experiência da

tensão entre a ordem empírica e a ordem verdadeira, inclui a disciplina da paixão, tanto individual como social. *Deve* ser, sendo o que é a natureza humana, uma organização da sociedade com o poder de fazer e impor o direito, pois a sociedade é inelutavelmente, na constituição do ser, o modo da existência humana. Embora o poder do representante e a sua função de criação do direito não seja uma fonte independente de normatividade, ele é uma fonte separada de validade da regra jurídica, pelo lado das duas fontes normativas da razão e da revelação.

§2 — A ordem jurídica e a sociedade historicamente concreta

Ao arrolar os componentes da validade, nós tivemos de tocar incidentalmente em diversos pontos que devemos agora formular explicitamente como resultados ulteriores da análise:

1 — Enquanto a ordem jurídica e a sua validade estão enraizadas na natureza do homem e na sua existência em sociedade, o conteúdo da ordem jurídica não pode ser deduzido da natureza do homem. Entre a existência humana em sociedade e o esforço do representante para ordená-la por meio do processo de criação do direito, está interposta a existência da sociedade na concreção histórica. As sociedades não só não são mecanismos ou organismos no que respeita ao funcionamento da sua "forma", elas nem mesmo são réplicas umas das outras quanto à sua "forma" organizada. Há sociedades grandes e pequenas; há sociedades nómadas, agrícolas, comerciais e industriais; há comunidades tribais, cidades-estados, Estados-nações, e impérios. Há sociedades que vivem na forma de mito cosmológico, e outras que diferenciaram as ordens da revelação e da razão.

A enumeração de tipos fenomenais neste ponto não pretende mais do que sugerir o grande problema que a própria sociedade

não é meramente um espécime de uma espécie, mas inclui na sua natureza o desenvolvimento histórico da ordem verdadeira. Esse problema foi visto pelos filósofos clássicos. Tanto Platão como Aristóteles sabem que o lugar e o tamanho do território, o número de cidadãos, o tipo de economia e o estado da tecnologia, o estado civilizacional e educacional do povo são todos relevantes para a realização de uma ordem verdadeira que articule optimamente o dever em sentido ontológico. Numa comunidade muito pequena, sob condições económicas restritas, com poucas relações com o mundo exterior, e sem meios apreciáveis para a educação e o desenvolvimento pessoais, mesmo a melhor ordem possível sob tais condições dará poucas oportunidades para o desenvolvimento das potencialidades da natureza humana. Por isso, as questões da ordem jurídica estão longe de se esgotarem pela garantia de que os elementos pessoais e impessoais da natureza humana são componentes da sua validade. Há as questões ulteriores da ordem óptima sob as condições históricas dadas e da técnica jurídica para atingir os melhores resultados possíveis. Do lado da concreção histórica da sociedade surge outra vez o problema que nós encontrámos a partir do lado da validade: a ordem da sociedade é concreta por toda a parte e, correspondentemente, a ordem jurídica é válida por toda a parte.

2 — Há um resultado corolário que, neste contexto, nós apenas podemos indicar brevemente. Uma vez que o direito tem a sua função na ordenação concreta da sociedade, não há história do direito em sentido estrito. A história penetra o direito do lado da sociedade. Uma vez que a ordem do homem em sociedade tem uma história, e uma vez que o direito está interessado na regulação da conduta humana sob condições concretas, as instituições do direito têm indirectamente uma história através da sua participação na história da existência humana em sociedade.

3 — Para uma indagação à natureza do direito, o evento mais importante na história da ordem social é a diferenciação das fontes normativas da autoridade, da razão e da revelação,

a partir das experiências e símbolos compactos do mito. Sob este aspecto, nós devemos distinguir entre os três tipos principais de direito: a) o direito no contexto de uma sociedade que é ordenada pelo mito cosmológico; b) o direito nos contextos das sociedades que experienciaram a revelação (Israel) ou a filosofia (Hélade tardia, Roma clássica); e c) o direito nos contextos do Império romano e da civilização ocidental, em que tanto a razão como a revelação estão presentes como fontes autorizadas de ordem. Hoje este problema é muitíssimo negligenciado na ciência do direito — pode-se dizer mesmo que ele é completamente desprezado — porque o nosso ambiente cultural se tornou tanto anti-religioso como antifilosófico.

Não obstante, a relação das três autoridades do poder, da razão e da revelação é obviamente de primeira importância para a realização da ordem verdadeira na sociedade, logo que as autoridades normativas tenham sido diferenciadas do mito. Pode-se formular como tentativa que o equilíbrio das três autoridades é a condição da ordem verdadeira na civilização ocidental. Essa questão adquiriu uma nova pungência nos séculos XIX e XX, tanto prática como teórica, por causa da ascensão de movimentos doutrinais gnósticos que tentam a ordenação da sociedade pela fusão da autoridade normativa com a autoridade do poder, tal como foi feito, por exemplo, na organização de um império comunista ou nacional-socialista. Essa fusão das autoridades teria de ser acrescentada como um quarto tipo aos três já enumerados, pois a fusão deliberada de componentes diferenciados não é o mesmo que a compactude primordial. A distinção dos grandes tipos históricos de ordem, no contexto em que funcionam os processos de criação do direito, deve-se considerar um resultado ulterior, e o final, desta indagação à natureza do direito.

PLANO GERAL DO CURSO DE INTRODUÇÃO AO DIREITO

DIREITO 112,
FACULDADE DE DIREITO
DA
UNIVERSIDADE ESTADUAL DA LUISIANA

1954-1957

Ciência Jurídica:

I — Delimitação do campo:

1 — O carácter histórico dos conceitos usados na delimitação;
2 — As três forças estabilizadoras das civilizações superiores: Estado, Igreja, filosofia;
3 — A conformação da ordem jurídica pela razão;
4 — A função da ciência nos diversos níveis da criação do direito;
5 — A classificação das teorias jurídicas segundo a posição dogmática adoptada pelo teórico no processo de criação do direito.

II — As origens da ciência jurídica:

1 — A decretação justinianeia da ciência jurídica como lei;
2 — As definições de justiça e de ciência jurídica;
3 — As definições de direito natural, direito civil e direito das gentes [*ius gentium*];
4 — O jurista como legislador, estadista, filósofo e sacerdote;
5 — Os elementos constituintes da ciência jurídica justinianeia.

III — As experiências primordiais de ordem social:

1 — A ordem social através da participação na ordem cósmica (China, Babilónia, Egipto);
2 — A ordem social através da participação na vontade revelada de Deus (Israel);
3 — A ordem social através da participação da "psyche" no "logos" divino (filósofos da Grécia);
4 — A ordem social através da participação no espírito de Cristo (o "corpus mysticum").

IV — A sucessão de culturas jurídicas no Ocidente:

1 — Na Antiguidade Oriental (códigos babilónio, hitita e israelita);
2 — Em Roma (República, Principado, Dominado, Justiniano);
3 — Na Europa Ocidental (direito romano vulgar, direito tribal germânico, direito canónico, renascimento do direito romano, o desenvolvimento inglês).

V — A crise social e a reflexão sobre o significado do direito:

1 — A crise de Israel e os profetas;
2 — A catástrofe micénica e os primeiros pensadores gregos do direito (de Hesíodo a Heraclito);

3 — A desintegração d[a "polis" n]o século quinto a.C. e a filosofia sofística do direito;
4 — A oposição filosófica empreendida por Sócrates-Platão;
5 — Aristóteles;
6 — Os impérios helenísticos e romano e a filosofia estóica do direito (de Zenão a Marco Aurélio);
7 — A crise romana e a resposta imperial — Justiniano;
8 — A crise romana e a resposta cristã — Santo Agostinho;
9 — A crise da Alta Idade Média e São Tomás de Aquino.

VI — O Estado nacional secular:

1 — A concepção medieval da 'Monarquia' — Dante;
2 — A soberania jurídica e política do Estado nacional fechado — Bodin;
3 — A soberania espiritual do Estado nacional — Hobbes;
4 — A soberania económica do Estado nacional — Fichte;
5 — A nova filosofia do direito internacional e do direito natural nos séculos XVI e XVII d.C. (de Vitória a Locke).

VII — A teoria do direito positivo:

1 — A ciência jurídica de Austin e a sua sucessão doutrinária;
2 — A teoria pura do direito de Kelsen;
3 — A mediação do direito pelo Estado;
4 — A hierarquia de órgãos e de normas sob a Constituição;
5 — Centralização e descentralização;
6 — A lógica de normas;
7 — As diversas teorizações do direito internacional.

VIII — A reunião imanentista da ordem espiritual e da ordem secular:

1 — Os primórdios do historicismo no século XVIII d.C.;
2 — A gnose cristã de Hegel;
3 — A Escola histórica do direito;
4 — A gnose anticristã de Marx;
5 — O direito dos Estados-Igrejas imanentistas (fascismo, nacional-socialismo, comunismo russo).

IX — Algumas tendências contemporâneas na filosofia jurídica:

1 — O realismo norte-americano;
2 — O institucionalismo francês;
3 — O neotomismo.

X — O fim de uma época e o regresso às experiências primordiais de ordem.

APONTAMENTOS SUPLEMENTARES PARA OS ALUNOS DO CURSO DE INTRODUÇÃO AO DIREITO

FACULDADE DE DIREITO
DA
UNIVERSIDADE ESTADUAL DA LUISIANA

1954-1957

Acerca de uma ciência racional da acção:

1 — Acção racional significa a coordenação correcta de meios e fins;
2 — Os meios são relativamente racionais quando servem adequadamente o seu fim imediato;
3 — A racionalidade plena dos meios depende da racionalidade do fim;
4 — A racionalidade do fim deve ser provada ao interpretá-la como um meio para um fim maior;
5 — Se a cadeia de prova da racionalidade, ao transformar fins em meios para fins maiores, fosse prolongada indefinidamente, a racionalidade não teria um critério último;

6 — Então: a racionalidade da acção exige a existência de um bem maior a realizar;
7 — A proposição precedente não comprova que um tal bem maior exista. Ela significa que a racionalidade da acção não pode ser objecto de ciência a não ser que exista um bem maior;
8 — Aplicação à ciência jurídica: nenhuma ciência do direito é possível a não ser que seja possível desenvolver uma ciência do bem maior. Nenhuma tentativa que se intitule "ciência jurídica" é ciência a não ser que contenha uma teoria do bem maior.

Acerca de uma hierarquia de bens:

1 — Aristóteles distingue três tipos de bens:

A) bens externos — posses;
B) bens do corpo — saúde, força e beleza;
C) bens da alma — virtudes.

2 — As virtudes distinguem-se em virtudes éticas e virtudes dianoéticas;
3 — O bem maior é a felicidade — *eudaimonia*;
4 — Entre os homens as opiniões acerca da felicidade variam. Os três tipos principais de preferências, segundo Aristóteles, são:

A) a vida apoláustica;
B) a vida política;
C) a vida contemplativa — *bios theoretikos*.

5 — Aristóteles considera a felicidade verdadeira idêntica à vida contemplativa;
6 — A decisão baseia-se na sua teoria da natureza do homem. O homem distingue-se de outros seres pela sua aptidão para desenvolver as virtudes do espírito, e especificamente

as virtudes dianoéticas. Pelas virtudes dianoéticas a natureza do homem atinge a sua realização plena. O homem que realizou completamente a sua natureza, através da vida contemplativa, é o homem maduro (o *spoudaios*);
7 — Assim, a decisão acerca da felicidade verdadeira baseia-se na ciência da antropologia filosófica. Todavia, embora a ciência forneça critérios objectivos acerca da felicidade verdadeira (no sentido de uma realização plena da natureza humana), tal discernimento não anula o facto de que um grande número de homens são subjectivamente muito felizes com algo menos do que uma realização plena, e que se sentiriam muito infelizes se fossem obrigados a suportar o esforço de realizar completamente as suas potencialidades. Felicidade subjectiva e felicidade objectiva podem coincidir, mas não são idênticas. Por outro lado, a multiplicidade de opiniões subjectivas acerca da felicidade não é argumento contra a sua definição objectiva.

Acerca da comunicação:

1 — Paradigma: "Sócrates era um ateniense". Uma proposição deste tipo, quando comunicada, tem três dimensões de significado:

A) o conteúdo é intencionado como verdadeiro;
B) o emissor está convencido da sua verdade;
C) o emissor pretende que o receptor aceite a verdade no seio do seu próprio conhecimento.

2 — A comunicação, quando bem sucedida, tem consequências sociais na medida em que a sua aceitação pelo receptor o atrai para a órbita da verdade tal como é entendida pelo emissor. A comunicação é um instrumento para ganhar poder social através da transformação do receptor num seguidor da verdade proposta pelo emissor;
3 — Por isso, surgem dificuldades relativamente à liberdade de

expressão. Se a liberdade de expressão é restringida por regulamentação governamental:

A) a comunicação da verdade é mutilada;
B) os homens ficam frustrados sob dois pontos de vista:

1.º — na medida em que a comunicação da verdade é uma obrigação, a personalidade moral não se pode desenvolver adequadamente;
2.º — na medida em que a comunicação bem sucedida é uma expansão do indivíduo, a sua maneira de ser um poder na vida da comunidade, a sua esfera natural de poder, é restringida.

4 — Se a liberdade de expressão não é restringida de modo nenhum, a comunicação do erro tem oportunidade igual de competir com a comunicação da verdade. Se o erro quanto aos elementos essenciais da ordem na alma e na sociedade é comunicado com êxito, o resultado pode ser a destruição da ordem social e a perversão dos indivíduos;
5 — O problema da liberdade de expressão não tem uma solução racional que seja sempre válida. A questão de saber até que ponto a comunicação oral e escrita pode ser livre, ou deve ser restringida sob certos pontos de vista, terá de ser resolvida à luz das circunstâncias de cada caso;
6 — Duas soluções principais foram ensaiadas no decurso da história do Ocidente:

A) a censura radical, por meio do instrumento da Inquisição, na Idade Média;
B) a liberdade radical (com excepção das limitações à obscenidade, calúnia, etc.) na, assim chamada, era liberal moderna.

7 — Ambas as soluções falharam evidentemente:

A) a repressão da Idade Média teve como resultado a explosão da Reforma;
B) a liberdade moderna radical teve como resultado a difusão de convicções totalitárias que destroem a liberdade sob a qual se puderam expandir.

8 — Conclusão: a liberdade de expressão e de imprensa não é um princípio de governo ou de ordem social, mas um dispositivo prudencial para conservar e promover a ordem social, contanto que produza o efeito pretendido. A repressão inquisitorial, ou controlo do pensamento, também não é um princípio, mas, de novo, um dispositivo para conservar a ordem social sob certas condições.

Acerca das experiências da transcendência:

1 — Podemos distinguir três tipos de civilizações:

A) cosmológico;
B) antropológico (ou clássico);
C) soteriológico.

2 — Eles correspondem aproximadamente às três gerações de civilizações segundo Toynbee. As civilizações principais por gerações são:

A) egípcia, babilónica;
B) sínica, índica, israelita, helénica;
C) oriental (com um ramo no Japão), hindu, bizantina (com um ramo na Rússia), islâmica e ocidental.

3 — O evento decisivo nas civilizações antropológicas é a descoberta da "psyche" como o sensório da transcendência;
4 — O evento está marcado tão suficientemente em todas as civilizações clássicas que se pode falar do período de 800 a.C. a 300 a.C. como o "tempo axial da humanidade"

(Jaspers), ou como o período de transição da sociedade
"fechada" para a sociedade "aberta" (Bergson);

5 — Todavia, apenas na civilização helénica a "abertura" da
alma foi radical o bastante para resultar na criação de
uma forma específica de expressão que influenciou todo
o curso ulterior da civilização ocidental. Esta forma é
aquilo a que chamamos "filosofia";

6 — Por "experiência da transcendência" quer-se significar a
experiência de um tipo de ser para além de qualquer ser
supra-imanente;

7 — As experiências da transcendência são muito variadas.
Heraclito diagnosticou os três tipos de amor, esperança e
fé quanto a um ser espiritual supratranscendente, o *nous*.
Platão confia em *Eros*, *Thanatos* e *Dike* enquanto expe-
riências-chave da transcendência. A filosofia, no seu sig-
nificado original, é o amor do *sophon*, isto é, do ser
omnisciente supratranscendente;

8 — As experiências da transcendência têm uma grande am-
plitude, das positivas às negativas. Exemplos: amor, espe-
rança, fé, confiança, dúvida, descrença, ansiedade, desampa-
ro, desespero, cepticismo, indiferença, ódio activo, escapes
hedonistas, *divertissements* segundo Pascal, e etc.;

9 — O ser transcendente — na linguagem da religião, Deus —
pode ser identificado na linguagem filosófica variavelmen-
te como *nous* (Heraclito, Aristóteles), *agathon* (Platão),
logos (Heraclito, estóicos, Cristandade), e etc.;

10 — Logo que a alma se "abre", o ser transcendente torna-se
a fonte da ordem na comunidade (Platão: "Deus é a
Medida"). A ordem, na medida em que se constitui
através da orientação, ou da participação, no ser trans-
cendente, pode ser designada por um termo técnico como
homonoia (Aristóteles, Alexandre Magno, Cristandade);

11 — Quanto à fonte transcendente da ordem na alma, todos os
homens são iguais. A descoberta da divindade transcen-
dente como a fonte da ordem decorre em paralelo com a
descoberta da humanidade. A "humanidade" neste sentido

não é um grupo particular de seres humanos num qual-
quer momento dado, mas, na verdade, a "sociedade aber-
ta" de todos os homens dilatando-se pelo futuro desconhe-
cido. A ideia de "humanidade" nada tem a ver com a ideia
de um "governo mundial" estabelecido sobre um grupo de
seres humanos contemporaneamente vivos.

Acerca dos princípios da ciência jurídica:

1 — Aos três tipos principais de civilização correspondem
aproximadamente três tipos principais de culturas jurídicas
— aproximadamente, por causa das numerosas formas
intermédias:

A) as civilizações cosmológicas simbolizam a ordem por
analogia com a ordem cósmica. A comunidade política
é um *microcosmos*. (Protótipo discutido na aula: o
simbolismo chinês antigo);

B) as civilizações antropológicas simbolizam a ordem por
analogia com a ordem da alma humana. E a ordem da
alma humana é realizada através da sintonização com
a invisível medida transcendente. A sociedade é um
macroanthropos. (Protótipo discutido na aula: a con-
cepção platónica de sociedade como homem escrito
com maiúsculas);

C) as civilizações soteriológicas desenvolvem mais clara-
mente a experiência da revelação transcendente e da
graça que se estende a toda a humanidade. A ordem
espiritual é diferenciada da ordem temporal. (Protótipo
discutido na aula: as revelações israelita e cristã, a
divisão entre o poder espiritual e o poder temporal).

2 — Ao avaliar o desenvolvimento, na história, de tais culturas
jurídicas amplamente diferentes, o seu significado e as suas
relações entre si, devem-se aplicar certos princípios:

A) Primeiro princípio: a natureza humana é constante — por definição. A natureza, por definição, é o que não muda. A "mudança da natureza humana" implicaria que, ou antes ou depois da mudança, os homens não são homens. As faculdades e experiências do homem estão sempre presentes na sua totalidade, por muito diferentes que pareçam historicamente as suas expressões;

B) Segundo princípio: embora a natureza humana seja constante, a autocompreensão do homem, tanto quanto à sua posição no mundo como quanto à realidade transcendente, progride da compactude para a diferenciação. O que, por vezes, se chama vagamente de uma "mudança na natureza humana" é o avanço da autocompreensão da compactude para a diferenciação no decurso da história;

C) Terceiro princípio: o progresso da autocompreensão (envolvendo a posição do homem no mundo e quanto à realidade transcendente) através de experiências diferenciadoras, e o desenvolvimento de símbolos para a sua expressão adequada, é um aumento de conhecimento. Ele é um progresso em direcção à racionalidade em sentido substancial, na medida em que uma compreensão mais diferenciada da realidade (incluindo a posição do homem em relação à realidade transcendente) tornará possível uma coordenação mais adequada dos meios aos fins, bem como uma focagem mais adequada dos fins, conforme o bem maior a atingir. Existem, por conseguinte, critérios objectivos de racionalidade. Uma filosofia cristã do direito, como a filosofia tomista, que possui uma compreensão diferenciada da realidade transcendente e coloca o bem maior na visão beatífica através da graça na morte, possui um grau elevado de racionalidade. Uma filosofia do direito positivista ou progressista, que busca a perfeição no curso supra-imanente da história, possui um

grau reduzido de racionalidade. (Tema discutido na aula: o conflito kantiano entre as ideias cristã e progressista de perfeição);

D) Quarto princípio: todas as culturas jurídicas experienciam a sua fonte primordial de ordem como situada na realidade transcendente, embora as expressões da experiência variem bastante segundo os graus respectivos de compactude e diferenciação;

E) Quinto princípio: a experiência humana da realidade transcendente pressupõe uma afinidade entre a alma experiente e a realidade experienciada. Esta afinidade chama-se "consubstancialidade". (Discussão na aula reportada ao uso do termo com este sentido em [Frankfort,] *The Introduction to The Intellectual Adventure of Ancient Man*, [Chicago, 1946]);

F) Sexto princípio: o modo de cognição na experiência da transcendência chama-se "participação". (Exemplos discutidos na aula: a *methexis* platónica no *agathon*; a *participatio* tomista na *ratio æterna*). A participação não é a cognição de um objecto ou evento supra-imanente e, por isso, não pode originar proposições positivas acerca da ordem verdadeira. A participação é um movimento na alma, uma resposta à realidade transcendente em virtude da consubstancialidade. Ela resulta numa sensibilidade da alma à injustiça na situação concreta. (Discussão na aula: a luta de Sólon para traduzir a "medida invisível" em ordem positiva ateniense; a incapacidade de Platão para dar uma definição positiva de *agathon*; o erotismo da alma do filósofo em sentido platónico; a definição cristã de fé em Hebreus 11, 1);

G) Sétimo princípio: a ordem justa, uma vez que tem origem na realidade transcendente, não pode ser definida por regras substantivas. Nenhuma filosofia do direito se pode desenvolver como um sistema de regras derivadas de axiomas substantivos mais elevados. Uma ciência

jurídica que faça esta tentativa deve, por essa razão apenas, ser rejeitada como teoricamente inadequada;

H) Oitavo princípio: a experiência histórica mostra que os graus mais elevados da resposta sensível à realidade transcendente, bem como a sua transformação em reacção articulada contra a injustiça na situação concreta, são eventos raros. Estes eventos raros são os grandes legisladores, profetas, filósofos e santos. O desenvolvimento da ciência jurídica como ciência deve prosseguir, então, através do estudo das fontes clássicas com o propósito de restabelecer as experiências que nelas se condensaram. Esta necessidade não deve ser confundida com uma aceitação da autoridade ou com um mero interesse pelas opiniões dos filósofos "que estão mortos há muito". Ela é o processo empírico no qual a alma do estudioso se torna instruída nas experiências diferenciadoras; ela é a construção gradual da alma do estudioso num instrumento sensível, pelo qual ele pode verificar a verdade contida nas fontes clássicas sobre o problema da ordem. (Discussão na aula: a concepção aristotélica da ética como a ciência da ordem na alma do homem maduro, uma ciência que apenas pode ser desenvolvida entre homens maduros, e que apenas é totalmente inteligível para homens maduros);

I) Nono princípio: a compreensão da ordem justa progride concretamente através da reacção de uma alma sensível à fonte transcendente da ordem contra a injustiça no meio envolvente. Por isso, as formulações da conduta recta são principalmente negativas. (Discussão na aula: o Império persa da Verdade contra a Mentira; o Decálogo de Êxodo 20 com as suas injunções negativas; o caso da ignorância socrática; a oposição grega da verdade, *aletheia*, à falsidade, *pseudos*, de Hesíodo a Platão — lembrar o longo catálogo das dicotomias platónicas).

Acerca do direito natural:

1 — Serão entendidas como "direito natural" todas as tentativas de transformação de uma reacção à injustiça experienciada no caso concreto num corpo de regras fundamentais substantivas que reivindicam autoridade enquanto expressão da verdadeira natureza do homem e da sociedade;

2 — O direito natural, neste sentido, apenas se pode desenvolver onde um conceito da natureza humana se forme em oposição à ordem socialmente aceite, isto é, apenas onde o homem, sob a pressão das experiências da transcendência, se tenha diferenciado suficientemente da existência colectiva da sociedade;

3 — Nas culturas jurídicas cosmológicas um tal conceito ainda não se desenvolveu. Há habitualmente apenas uma categoria de ordem que designa ao mesmo tempo a ordem divina, cósmica, social e individual. (Exemplos discutidos na aula: a categoria chinesa de *tao*, a categoria egípcia de *maat*). O governante de um império cosmológico (o Filho do Céu chinês, o Faraó egípcio) serve de transformador da ordem divina e cósmica em ordem social e individual. Só durante a crise de um império cosmológico (Tempo dos Tumultos, segundo Toynbee) surge o problema da transformação individual da ordem cósmica em ordem na alma do indivíduo, sem mediação pelo representante público. Caso típico: Confúcio;

4 — Aristóteles distingue justiça natural e justiça legal. Uma ordem é construída segundo a justiça natural se ela fornece o ambiente apropriado para a realização plena das potencialidades humanas ao *bios theoretikos* do homem maduro (*Ética a Nicómaco* V, e *Política* VII — VIII);

5 — São Tomás de Aquino entende o direito natural como os discernimentos da ordem recta que são possíveis ao homem em virtude da sua participação na *lex æterna*. Estes discernimentos são imperfeitos e devem ser auxiliados pela *lex divina* revelada;

6 — A oposição de uma ordem recta por natureza à ordem concreta de uma sociedade é um acto revolucionário. Uma variedade de direito natural pode-se, então, distinguir como direito natural revolucionário;

7 — Uma oposição revolucionária a uma ordem existente, se bem sucedida, pode pôr em perigo a existência de uma sociedade. Em reacção ao direito natural primário, então, encontramos frequentemente um direito natural secundário que salienta como natural a ordem historicamente desenvolvida de uma sociedade. Este direito secundário pode-se chamar direito natural conservador;

8 — Ao avaliar o valor dos sistemas de direito natural, devem ser usados os critérios seguintes:

A) o direito natural justifica-se teoricamente na medida em que traduz os discernimentos obtidos por uma teoria da natureza do homem na linguagem dos fins obrigatórios. A tradução aristotélica pode servir como exemplo: pelo discernimento teórico, o *bios theoretikos* é a realização plena da potencialidade humana. Traduzido numa regra moral: o homem deve-se esforçar por encontrar esta realização na sua existência pessoal. Regra da justiça natural: a sociedade deve estar organizada de tal maneira que a realização do fim seja possível, ao menos para aqueles que desejem alcançá-lo;

B) o direito natural torna-se incerto se erigir regras paradigmáticas de ordem, justificadas teoricamente, em postulados de reforma revolucionária. Aristóteles era muito sincero a respeito da sua criação de uma ordem recta paradigmática da sociedade, na *Política* VII — VIII, não ser uma receita para reformar a "polis" helénica. As suas receitas para a acção concreta, na *Política* IV — VI, eram de uma natureza inteiramente diferente, maquiavélica;

C) o direito natural é inútil se não contiver nada mais do

que referências sectárias sem um fundamento numa teoria crítica da natureza do homem.

9 — Em períodos de crise espiritual e moral numa sociedade, surge um género específico de direito natural que tenta construir a ordem de uma sociedade a partir de relações contratuais estabelecidas entre os seus membros. A origem deste tipo de teoria contratual foi analisada por Platão na *República*. Ela tem origem na concepção do homem como um ser que só é motivado por paixões. A ordem entre os seres humanos que existe em virtude da *homonoia*, isto é, em virtude da sua participação comum na realidade transcendente, não é reconhecida como existente. O afastamento do homem da participação no *nous* comum para dentro da concha das suas paixões foi caracterizado por Heraclito como a criação de um mundo onírico privado em oposição ao mundo público da participação no *koinon*, o *nous* comum. Platão retoma a ideia heraclitiana dos mundos oníricos da paixão individual. A partir de tais mundos oníricos individuais, nenhuma ordem comum pode ser construída porque falta ao acordo a força obrigatória que deriva da participação na realidade transcendente comum. Os contratos seriam fórmulas vazias. Esta análise é válida para todas as construções posteriores de um tipo semelhante;

10 — O tipo de teoria contratual analisado por Platão deve-se distinguir das teorias que deixam a ordem social surgir de um "instinto social". O "instinto social" é um símbolo compacto, de pouco valor teórico logo que tenha sido estabelecida a análise diferenciada das origens da ordem. Mas ele não é culpado da falácia descrita no parágrafo precedente.

DIREITO E PODERIO [11]

Os dois volumes do Professor James Brown Scott constituem uma proeza notável da literatura dogmática sobre os temas do direito e da ordem internacional [12]. O Professor Scott é o representante dessa escola de pensamento que isola a ordem jurídica do contexto da realidade social e política, e a trata como se fosse um domínio em si mesmo, a ser estabelecido mais cedo ou mais tarde neste mundo, após terem sido superados determinados obstáculos no decurso da sua evolução. Uma vez aceite esta premissa, indagar acerca da natureza e da estrutura da ordem incoativa e "codificá-la" sistematicamente, como faz o Professor Scott no volume II da sua grande obra, torna-se uma iniciativa sensata. Sob três títulos — ciência jurídica, o Estado, o direito internacional —, ele fornece uma compilação bem-ordenada de citações das autoridades principais desde os gregos

---

(11) Esta crítica foi originalmente publicada em *The Review of Politics*, III (1941), pgs. 122 e 123. Reimpressa com permissão.

(12) James Brown Scott, *Law, the State, and the International Community* (Nova Iorque, 1939). Vol. I: *A Commentary on the Development of Legal, Political, and International Ideas*. Vol II: *Extracts Illustrating the Growth of Theories and Principles of Jurisprudence, Government, and the Law of Nations*.

sobre os elementos da ordem desejada. Enquanto que o volume II expõe uma codificação sistemática dos princípios e das regras desenvolvidas em conformidade com o acordo das autoridades, o volume I é um "comentário" histórico sobre o desenvolvimento do sistema conforme o exposto no *codex*. E a introdução ao volume I "chama a atenção do leitor para certas concepções do direito e da sociedade que são simultaneamente fundamentais e quase universalmente aceites".

A obra tem o propósito declarado de codificar um sistema e de suportá-lo pela autoridade de pensadores afins. Tudo o que posso fazer é, por conseguinte, apresentar alguns dos axiomas principais da sua concepção. O primeiro é a tese que, de facto, há uma evolução, através da história da humanidade, das ideias e das instituições rumo ao objectivo de uma ordem pacífica do direito. Este primeiro axioma carece de diversos outros. Porque a história da humanidade não é, como é óbvio, uma unidade de evolução contínua, mas apresenta o quadro de civilizações coordenadas tais como a do Extremo Oriente, a mesopotâmica, a ocidental e a árabe, o conceito de "era histórica" tem de ser introduzido a fim de obter uma base para o sistema. A "era histórica" começa no século quinto a.C. na Grécia e estende-se deste início até ao presente, através da história ocidental, absorvendo pelo caminho os profetas hebreus e a Cristandade. Coisas menores como a China, a Índia, o Egipto e o Império bizantino são aparentemente relegados, com os primitivos, para o limbo da Pré-História. Mesmo [com] a restrição [da história da humanidade] à "era histórica", todavia, a corrente da evolução não flui de modo totalmente uniforme. Os hiatos entre os pontos altos ou são ignorados ou são explicados como desvios e retrocessos temporários. A literatura acerca da Grande Migração [*Völkerwanderung*] é inteiramente ignorada; há um deserto de oito séculos de Santo Agostinho a João de Salisbúria, mitigado apenas por Santo Isidoro de Sevilha e o *Decretum Gratianum*. Com a Renascença começam, então, a aparecer personalidades duvidosas como Maquiavel e Bodin, que não contribuem muito, se é que contribuem, para a ordem do direito

e que, por conseguinte, são excluídas das citações contidas no volume II. E após Hooker e Grócio, a evolução evolui tão mal que mais ninguém é citado. Através deste género de omissão criteriosa, forja-se uma sólida cadeia de evolução contínua, estendendo-se de Platão e Aristóteles, além de Cícero, do *Codex Justinianus*, de Santo Agostinho, de São Tomás de Aquino, de Vitória e Suárez, até Hooker e Grócio.

Posso imaginar que até um adepto convicto das ideias do Professor Scott poderá experienciar alguma inquietação quando acaba de ler o honesto e letrado Comentário. Poderá ocorrer-lhe que os grandes contributos para uma ordem do direito têm uma propensão infeliz para coincidir com períodos da história que estão longe de representar o ideal de uma ordem pacífica e justa: que, por exemplo, o contributo estóico assinala a decadência da Hélade e a conquista sanguinária da Ásia por Alexandre Magno; que o contributo ciceroniano assinala o princípio da nada pacífica conquista romana; e que o princípio do direito internacional moderno no século XVI coincide com a conquista espanhola da América. Parece haver uma ligação entre a ideia de ordem e a existência de um poder capaz de a manter. Embora o Professor Scott esteja certamente justificado ao afirmar frequentemente que a força não cria o direito, infelizmente é igualmente verdade que ela cria uma ordem, e que, sem ela, uma ordem não pode ser criada nem mantida: Talvez resida aqui o ponto onde se torna óbvia a inconsistência intrínseca de uma atitude que tende a separar a ideia de ordem da realidade do poder. Porque a posse do poder não confere equidade à ordem por ele mantida, o poder e a aplicação da força são, frequentemente, considerados imorais em si mesmos. Parece ser uma das coisas mais difíceis, para um pensador político, separar claramente o problema do conteúdo de uma ordem do problema do seu cumprimento. A questão do direito filia-se nos princípios sobre os quais uma ordem é construída; a manutenção de uma ordem, sendo a natureza humana o que é, terá sempre de contar com o instrumento da força.

DOIS CONTRIBUTOS RECENTES PARA A CIÊNCIA DO DIREITO [13]

Uma ciência adequada do direito não tem um objecto simples. Ela não se esgota numa história das instituições ou num projecto de uma ordem justa, nem numa análise da estrutura lógica das regras jurídicas, nem numa classificação da conduta social, nem numa indagação acerca das estruturas de poder, nem numa análise do processo judicial. Ela estende-se das características biológicas do homem ao fundo ético e religioso de uma civilização, do sistema económico de uma comunidade à lógica dos julgamentos normativos, da expansividade do ser humano (simbolizada pelo conceito de liberdade) e do seu retraimento na ansiedade (simbolizada pelo conceito de medo) às delicadas discussões técnicas sobre a melhor maneira de alcançar um certo fim social por meio de regulação. Nenhum destes tópicos é insignificante numa apresentação plena do objecto, nenhum deles pode ser negligenciado como sendo apenas incidental; cada um deles requer o domínio pleno dos assuntos, bem como dos

---

[13] Esta crítica foi originalmente publicada em *The Review of Politics*, III (1941), pgs. 399 a 404. Reimpressa com permissão.

métodos empregues na sua interpretação. Esta ilustração do problema é, penso eu, o resultado de, *grosso modo*, um século e meio de grandes contributos dados à ciência do direito através das jurisprudências analítica, histórica, filosófica e sociológica. É sobre o fundo deste resultado que temos de colocar dois importantes contributos recentes para a ciência do direito: a *Sociologia do direito*, do Professor Timasheff, e a *Introdução ao direito*, do Professor Bodenheimer ([14]).

Parece ser significativo para a alta qualidade da obra dos dois académicos que, embora discordem consideravelmente no seu método de abordagem, eles coincidam num alto grau no seu tratamento do assunto. O entendimento deve-se ao facto de ambos aceitarem essencialmente a situação acima descrita e de não tentarem limitar de novo o tópico a qualquer uma das suas partes componentes. Ambos se caracterizam pela catolicidade de perspectiva que previne uma ênfase unilateral indevida em qualquer um dos aspectos histórico, analítico, político ou ético. Eles concordam que o direito não é uma estrutura apriorística da mente humana nem, por conseguinte, um fenómeno que se encontre invariavelmente em todas as etapas de civilização, mas sim que tem um estatuto histórico. E eles estão de acordo em que a via mais satisfatória para chegar a uma definição do direito é, por conseguinte, formar um tipo ideal do estádio plenamente desenvolvido e caracterizar outros tipos de ordem comunitária através das suas diferenças do tipo maduro de direito. Esta coincidência de opinião sobre as premissas gerais deixa, todavia, amplo espaço para a profunda divergência na organização das matérias; e os dois livros são representativos, não só através da sua concordância, mas também através das suas diferenças, das técnicas científicas que mostram claramente as dificuldades actuais na via de um desenvolvimento ulterior da ciência do direito.

([14]) N. S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law*, Harvard Sociological Studies, III (Cambridge, Massachusetts, 1940); Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence* (Nova Iorque, 1939).

O direito é definido pelo Professor Timasheff como uma "coordenação ético-imperativa da conduta", significando, por isso, uma ordem que "é constituída por padrões de conduta impostos pelos agentes do poder centralizado (tribunais e Administração) e sustentados simultaneamente por uma convicção grupal de que a conduta correspondente 'deve ser'" (página 17). O direito, entendido deste modo, "não é uma forma necessária da existência humana, nem uma categoria do pensamento humano," mas "um fenómeno histórico, um produto do desenvolvimento cultural" (página 272). Estas definições determinam a organização do livro. A Parte I é uma introdução que explica o lugar genérico de uma sociologia do direito na ciência. As Partes II e III tratam dos dois elementos componentes do direito, respectivamente a ética e o poder, e a Parte IV trata dessa secção sobreposta dos problemas éticos e de poder que o autor definiu como o direito. Dentro das três partes principais (II a IV), a matéria está organizada sob os títulos principais de equilíbrio, mudança, diferenciação e integração, e desintegração da situação ético-social, da estrutura de poder e das instituições do direito. Praticamente todos os tópicos que estão acima catalogados encontraram um lugar sob um destes títulos. Sobre este ponto, nós apenas temos a dizer que o Professor Timasheff oferece uma perspectiva competente e eminentemente útil do campo, baseada num largo conhecimento da literatura sobre o assunto, e que o livro é uma introdução excelente e legível ao problema.

Surgem, todavia, certas dificuldades que são devidas à posição metodológica adoptada pelo Professor Timasheff. Do catálogo de problemas acima mencionado, parece óbvio que o fenómeno complexo do direito não pode ser dominado monisticamente apenas por um método seleccionado ao acaso, mas que os diferentes elementos envolvidos requerem os seus métodos peculiares e bastante diferentes a fim de serem tratados adequadamente. Esta necessidade é negligenciada pelo Professor Timasheff, pois ele é um adepto da noção positivista de ciência e, em particular, supõe que "a sociologia é uma ciência nomográfica" (página 19). Esta declaração algo ditatorial, feita

pelo Professor Timasheff sem uma tentativa de justificação, embaraça a organização adequada do campo. Mesmo dentro do campo da própria sociologia em sentido estrito, a posição é questionável porque os métodos correntes empregues pelos sociólogos estão longe de ser "nomográficos". Os "tipos ideais", por exemplo, não são nem descritivos de "uniformidades na sociedade sob a forma de leis naturais," nem são conceitos idiográfico-históricos, mas pertencem a uma terceira classe complicada de instrumentos conceptuais, descrita em pormenor por Max Weber. A dicotomia entre ciências nomográficas e idiográficas, tal como foi desenvolvida por Windelband e Rickert, parece-me ser insustentável desde há trinta e cinco anos se ela pretender ser exaustiva. Naturalmente, o Professor Timasheff não segue os seus próprios mandamentos metodológicos. A sua definição de direito acima referida não é nomográfica, mas sim um conceito-tipo mais ou menos bem construído, e este facto não pode ser encoberto pelo seu tratamento do conceito como se ele fosse uma lei da gravitação, cuja validade tem de ser verificada por experiências. O Professor Timasheff incumbe-se a si mesmo da tarefa de "provar" que o direito é, na verdade, uma coordenação ético-imperativa do comportamento social, depois de ter afirmado abruptamente que é assim. Eu confesso que não vejo como é que um conceito-tipo pode ser "provado". Ele desenvolve-se na base de matérias que parecem ser relevantes por uma razão ou por outra, e desenvolve-se a fim de se lhes ajustar. Seria uma grande surpresa se ele não se ajustasse às matérias que deram origem à sua formação. Naturalmente, o Professor Timasheff, sendo um cientista competente e habilidoso, desenvolveu o seu conceito na base do seu conhecimento das matérias, e não faz muito sentido fingir que o conceito caiu do céu e agora se ajusta milagrosamente ao fenómeno social. Seria, todavia, de importância primordial discutir as matérias e explicar porque é que elas são consideradas relevantes, e porque é que certas características essenciais deveriam fazer parte da formação do conceito-tipo; mas esta questão da relevância é inteiramente omitida pelo Professor Timasheff.

Enquanto que o processo apropriado seria apresentar primeiro as matérias num modo introdutório e discutir a questão da relevância, nalguns casos talvez não importasse muito para os resultados científicos se os tipos estão ou não cobertos por uma fachada de epistemologia nomográfica. No caso do tema do Professor Timasheff, todavia, a ficção do "direito natural" resulta numa rigidez de construção que é incompatível com a complexidade do objecto. O seu conceito-tipo de direito pode ser um bom resumo dos elementos relevantes, e pode-se concordar que os elementos de regulação — ordem, consentimento ético de grupo e imposição através das instâncias de governo — deveriam fazer parte do conceito, mas isso não quer dizer que o tipo se possa tornar a base suficiente para um tratamento científico sistemático do direito. Além da convicção ética e da imposição da autoridade, fazem parte do assunto os temas acima mencionados, e diversos mais, em iguais condições. Subdividir o campo em ética, poder e direito significa que se tem de encher os lugares sistemáticos errados com uma plétora de problemas que não cabem em nenhum destes títulos e que, consequentemente, se deformam consideravelmente as proporções dos problemas. E, além disso, é antes um *tour de force* subsumir temas, que vão da ontologia do ser humano à concretização das regras jurídicas através de decisões judiciais, sob títulos tais como equilíbrio, mudança, integração e diferenciação. Neste momento, a insistência do autor em tratar o fenómeno do direito a todo o custo sob a ideia da "sociologia nomográfica" interfere seriamente com o sucesso de uma empresa brilhantemente iniciada doutra maneira. Valerá a pena considerar de novo uma advertência casual feita por Max Weber, segundo a qual a divisão departamental de uma universidade não reflecte a estrutura do universo; e ainda que haja boas razões para ter departamentos de sociologia, isto não quer dizer que o fenómeno do direito, sendo um fenómeno social, possa ser tratado adequadamente sob categorias que, em qualquer altura, se chamaram sociológicas. A situação actual da

ciência do direito, como foi acima descrita, e como foi implicitamente aceite pelo Professor Timasheff, requer um estudioso que seja sociólogo, psicólogo, cientista político, jurista, e também bom metafísico. Se fosse mesmo necessário dar uma prova do honesto labor de estudioso do Professor Timasheff, seria suficiente salientar o facto de que a sua abordagem algo departamental do tema o não impediu de tratar os problemas do campo em toda a sua amplitude. Não é a menor das suas contribuições ter revelado com esta contradição, a qual permeia o seu livro, a verdadeira natureza do problema.

A *Introdução ao direito* do Professor Bodenheimer mostra um contraste interessante com a *Sociologia do direito* do Professor Timasheff. Enquanto que o Professor Timasheff possui uma mente abstracta e sistemática ao ponto de abrir o seu livro com definições de conceitos sem revelar como a eles chegou e porque é que os adiantou, depois continua e descobre, para sua agradável surpresa, que eles se ajustam à realidade e que afinal não foram adoptados em vão, deixando o seu leitor a meditar sobre o milagre da harmonia pré-estabelecida, o Professor Bodenheimer parte do assunto tal como ele ocorre na história e tenta perceber, a partir da ocorrência óbvia, os elementos que podem ter entrado na composição do resultado complexo. Os títulos que ele dá às quatro partes do seu livro não deveriam, por conseguinte, ser entendidas como descritivas de um sistema, mas antes como os nomes dos estímulos provocantes para uma ciência jurídica que se pode encontrar no ambiente histórico. A Parte I trata do poder e do direito e inclui um capítulo sobre a justiça, congregado, obviamente, não por razões sistemáticas, mas pela sua conexão tópica no discurso quotidiano sobre o assunto. A Parte II trata do direito natural, não como uma unidade sistemática elementar, mas, de novo, como uma ocorrência histórica de estrutura complexa. A Parte III, sobre as forças conformadoras do direito, aproxima-se de uma visão sistemática ao incluir factores políticos, psicológicos, económicos, nacionais, raciais e culturais. E a Parte IV, ao tratar do positivismo na ciência do direito, escolhe para

tratamento especial as teorias positivistas analíticas e sociológicas do século XIX em diante. O Professor Bodenheimer não dá quaisquer razões para esta organização da matéria, embora valha a pena dar-lhe alguma consideração.

Como o direito, na opinião de ambos os autores, não é uma estrutura apriorística mas, ao menos parcialmente, um fenómeno sócio-histórico, surge a questão, como anteriormente se observou, de saber qual o critério para uma selecção cientificamente relevante de matérias a partir de um campo difuso. A abordagem positivista do Professor Timasheff evade simplesmente esta questão; o Professor Bodenheimer fornece uma selecção prática, mas não a justifica. A primeira delimitação de unidades relevantes, no caso do direito, é dada pela auto-interpretação da realidade histórica através das pessoas que expressam as suas preferências metafísicas, políticas e éticas numa dada situação; ou seja, é relevante, na primeira abordagem, o que os membros de comunidades juridicamente ordenadas pensam ser relevante. Se nós queremos delimitar um fenómeno como o direito, temos de começar por uma investigação acerca do pensamento das pessoas empenhadas na conformação da ordem da sua comunidade, quer como membros humildes, através da sua conduta e da sua opinião quotidianas, quer como políticos e pensadores profissionais e sistemáticos. Tais matérias de pensamento apenas podem ser um ponto de partida porque são pragmáticas, e tem de se prosseguir em direcção aos elementos que fazem parte deste tipo de matérias, pois eles são, afinal, a nossa única via para uma selecção relevante. É, por conseguinte, altamente recomendável cientificamente agrupar as matérias em redor dos tipos e tendências principais do pensamento pragmático, como faz o Professor Bodenheimer, embora este agrupamento das matérias seja o primeiro e não o último esforço de uma ciência do direito.

Esta abordagem parece ser particularmente afim ao autor, porque ele mesmo tem um propósito próprio ao configurar o seu sistema, o propósito de exibir a função limitadora do direito.

Ele explica que "O direito na sua forma mais pura e mais perfeita será realizado numa ordem social em que a possibilidade de abuso do poder por indivíduos particulares bem como pelo governo está reduzida a um mínimo" (página 19). O direito, neste sentido, tem a função de limitar as acções dos indivíduos a padrões de comportamento que são mutuamente compatíveis uns com os outros, e ele limita as acções dos governantes de modo a que os membros vulgares da comunidade possam estar razoavelmente seguros contra a interferência governamental inesperada, arbitrária, nas suas esferas privadas. Esta ênfase dada à função limitadora fixa fronteiras do campo do direito algo mais estreitas do que a definição do Professor Timasheff, e o Professor Bodenheimer tem por princípio que o consentimento de grupo, tal como é apresentado pelo Professor Timasheff, pode sustentar um mando ditatorial arbitrário ilimitado. Pode ser uma questão de saber se esta definição mais estreita está em melhor concordância com a auto-interpretação da realidade social — a qual é a última instância neste assunto —, mas o Professor Bodenheimer pode, certamente, adiantar boas razões para elaborar o seu tipo ideal a partir do modelo dos governos constitucionais do Ocidente. E, além disso, cientificamente não importa muito, contanto que as diferenças existentes entre os tipos sejam cuidadosamente exibidas, embora importe muito, na prática, para o Professor Bodenheimer, que quer monopolizar o termo *direito* para os governos constitucionais e negá-lo às ordens jurídicas das ditaduras.

Enquanto o autor aborda o problema da ciência jurídica através do pensamento pragmático sobre a matéria, a maior parte do livro é um relatório de doutrinas sobre os diversos aspectos do direito. Mesmo que se devesse ter algumas dúvidas quanto ao valor sistemático fundamental do livro, ele apresenta-se como uma história excelente, inteligentemente organizada, da teoria do direito e que pode ser, vantajosamente, usada como um texto sobre esta matéria. A visão dos direitos estóico, cristão, clássico e natural moderno (páginas 103 a 192), e a visão da literatura sobre as forças conformadoras do direito (páginas 195 a 261) são introduções particularmente competentes a estes campos. O tratamento assume a forma de um curto e, no seu conjunto, correcto relatório das teorias, seguido por observações críticas concisas e pertinentes que nos conduzem, para além das teorias em questão, até aos problemas sistemáticos — embora não muito longe. Este método tem a vantagem de delinear a situação actual da ciência do direito, terminando numa descrição semelhante àquela retratada nas minhas observações introdutórias, mas ele tem as desvantagens de embaraçar o desenvolvimento de ideias construtivas, porque o argumento está ligado muito de perto ao tratamento tradicional dos problemas. Sistematicamente, por conseguinte, essas secções são mais frutíferas quando analisam aqueles pensadores que tiveram uma educação filosófica abrangente — ou seja, até ao fim do século XVIII —, enquanto que o resultado se torna algo estéril quando a visão entra no período da divisão de trabalho incipiente nas ciências sociais e, particularmente, no relatório sobre a volumosa literatura jurídica acerca do direito que se desenvolveu no século XIX.

Os juristas são uma raça nobre e arrogante. Cheios de orgulho compreensível pela importância prática da sua profissão, eles acreditam demasiado frequentemente que, se dominarem dogmaticamente o direito, estão suficientemente habilitados para lidar cientificamente com ele — o que não estão. Observar algumas das grandes autoridades do século XIX em direito romano quando elas desenvolvem o conceito jurídico de *res* sobre o fundamento do significado de "coisa" na "ciência natural" é uma experiência horripilante. E, mesmo quando eles se dignam adquirir algum conhecimento dos métodos empregues em ciência, este conhecimento e a sua aplicação permanecem frequentemente superficiais. O sabor paroquial deste período entrou, até certo ponto, na avaliação que dele faz o Professor Bodenheimer. Eu penso que, todavia, era importante clarificar a situação, e, quando o Professor Bodenheimer conclui programaticamente o seu livro ao apontar para a necessidade

de combinar os métodos das diversas abordagens da ciência do direito, a fim de chegar a um tratamento completo e adequado desta matéria muito complexa, ele ao menos tornou sem dúvida evidente onde nós estamos actualmente, e demonstrou também que, de futuro, a ciência do direito tem de ser construída sobre uma mestria completa dos seus diversos ramos.

A TEORIA DA CIÊNCIA JURÍDICA: UMA CRÍTICA (15)

I

O número de contribuições para uma teoria da ciência jurídica é tão reduzido que qualquer ensaio nesse campo pode estar seguro de atenção ávida. A presente monografia do senhor Cairns pode estar duplamente segura disso por causa das qualidades do autor, bem como da sua obra (16). Dar conta adequada do livro compacto não é, todavia, uma tarefa fácil. Há diversas circunstâncias que confundem o leitor; eu relatá-las-ei primeiro sem comentários e, apenas a seguir, arriscarei uma avaliação dos problemas apresentados pelo autor.

O senhor Cairns pretende propor uma teoria da ciência jurídica. Normalmente, um leitor que abra um livro com este título espera encontrar expostas nele a epistemologia e a

---

(15) Esta crítica foi originalmente publicada na *Louisiana Law Review*, IV (1942), pgs. 554 a 571. Reimpressa com permissão.

(16) Huntington Cairns, *The Theory of Legal Science* (Chapel Hill, Carolina do Norte, 1941).

metodologia de uma ciência que realmente existe, mesmo se até aqui os seus fundamentos teóricos permaneceram insatisfatórios; esperar-se-ia que o autor apontasse o corpo de conhecimento do qual ele pretende esclarecer os princípios teóricos. A este respeito o leitor ficará desapontado. Porquanto o senhor Cairns é de opinião que a ciência jurídica não existe de todo, se nós exceptuarmos uns poucos fragmentos honrados, e que a sua criação é uma tarefa para o futuro. O livro contém, por conseguinte, em resumo, a teoria de uma ciência inexistente.

A ciência não existe mas, na opinião do autor, ela devia existir. A fim de ajudá-la a formar-se, ele empreende a obra maiêutica de delinear os seus objectivos e os seus problemas teóricos básicos; e, então, ele convida-nos a atarefarmo-nos nela. Alguns leitores podem ficar irritados pelo modo como o autor diz às pessoas o que fazer em vez de fazê-lo ele mesmo; mas uma tal irritação não será inteiramente justificada. Há certamente um tom de exortação perpassando o livro que, ocasionalmente, faz o leitor sentir que o autor possa legitimar um tanto o seu empreendimento teórico ao levar a cabo algumas das coisas que, aparentemente, ele sabe deverem ser feitas. Mas há mais na obra do que só exortação. A discussão tem um valor positivo porque, na crítica de abordagens passadas, revela falácias teóricas e erros factuais a serem evitados no futuro; além do mais, o autor sugere o que ele acredita ser o principal problema de uma ciência jurídica — como nós veremos, o problema sugerido é, de facto, o problema crucial de qualquer ciência da ordem social. A delimitação de um campo de ciência através da formulação do seu problema central é, certamente, uma importante realização teórica; mas a mera formulação deixa-nos completamente às escuras acerca do conteúdo da ciência futura. Esta situação torna o livro uma leitura difícil. O seu estilo é claro (com a excepção de uma ou duas passagens obscuras) e o desenvolvimento dos problemas é lúcido. Mas, do princípio ao fim do livro, o leitor desventurado é incapaz de remeter as ideias do autor a qualquer facto da ciência, especialmente porque o autor lhe garante a cada passo que não há nenhuma e que será necessário o trabalho paciente de gerações de letrados para produzir a ciência. O leitor está continuamente a tropeçar e a hesitar na sua compreensão porque é suposto ele não saber do que o autor está a falar.

Isto, todavia, é apenas o apuro do leitor leigo que está disposto a confiar incondicionalmente no autor. O perito no campo encontrará outra razão para estar confundido. O senhor Cairns dá, afinal, algumas indicações (muito escassamente) do alcance e do propósito da ciência jurídica futura. Negativamente, ele torna claro que ciência jurídica não é história jurídica; que ela não se esgota a si mesma na mera acumulação de factos (acabou-se o institucionalismo descritivo), mas tem de formular regras gerais; que ela não é idêntica à jurisprudência analítica do tipo austiniano; que as escolas correntes de teoria jurídica, tais como os juristas sociológicos, realistas e experimentalistas, cabem no título de "tecnologia jurídica"; e que os seus resultados não podem ser a base de uma ciência, por muito importante que possa ser o seu trabalho noutros aspectos. Positivamente, ele define ciência jurídica como a ciência da conduta humana que tem por sua função a eliminação da desordem e a criação de ordem na sociedade (página 2). A ciência jurídica, neste sentido, não trata apenas das instituições de direito civil e criminal, mas inclui pelo menos uma grande parte do tema da ciência política (página 3). Este campo um tanto grande que, potencialmente, poderia incluir todas as espécies de conduta humana produtora de ordem, é estreitado em passagens posteriores pela enumeração de seis elementos da estrutura jurídica que constituem o campo principal da indagação. Os seis elementos são as pessoas, as associações, a propriedade, os compromissos, a constituição da comunidade e o sistema administrativo que a sustenta (página 93). Por motivo de abreviação da classificação, o autor mostra uma tendência para enquadrar os seis elementos sob três títulos: a regulação da conduta (incluindo os primeiros quatro elementos), a constituição e o sistema administrativo (página 98). A delimitação do campo a seis (ou três) elementos é acrescentada, além disso, pela definição do

direito, como o meio de controlo social "que, para o seu cumprimento, incorpora em si mesmo, ou tem atrás de si, uma agência definida que exerce, ou através da qual pode ser exercida, a pressão da sociedade política organizada" (página 22). O senhor Cairns está ciente de que esta definição está orientada para o Estado moderno, e que a inclusão de outros sistemas jurídicos teria de tomar em devida consideração os "equivalentes" ao maquinismo de compulsão desenvolvido pelo Estado moderno (página 23). O objectivo derradeiro de uma ciência que explore este campo será a formulação de um sistema de regras gerais; mas, antes que possam ser formuladas regras de elevada generalidade, nós temos de preparar o caminho pela construção provisória de tipos ideais. "As entidades ideais incorporando as ordens de relações jurídicas conduzem-nos ao que é relevante nas variedades enormes de vida social e permitem-nos fazer comparações que, possivelmente, podem levar à generalização e, enfim, ao conhecimento, à universalidade e ao sistema" (página 111).

O programa é louvável e eu não tenho críticas a fazer nesta fase; mas, como eu disse, o leitor perito ficará confundido com ele. O projecto de uma ciência jurídica como uma ciência social, tratando da conduta humana orientada para o problema da ordem em geral, bem como a classificação das três ordens (regulação, administração, constituição), a definição do direito por referência ao agente compulsor e, acima de tudo, o projecto de prossecução através da construção de tipos ideais, são características familiares para o leitor porque elas estão, individualmente e em combinação, relacionadas de perto com os princípios sociológicos de Max Weber. O nome de Max Weber aparece apenas uma vez na monografia do senhor Cairns numa referência à sua *Ética protestante e o espírito do capitalismo* (que está traduzida em inglês). Que Max Weber seja o criador de um sistema de sociologia baseado na construção de tipos ideais, que ele tenha exposto os princípios teóricos da ciência numa considerável extensão em ensaios que se tornaram clássicos da metodologia, e que em 1922 foi publicado o seu tratado

póstumo (fragmentário) sobre *Wirtschaft und Gesellschaft*, parece ser inteiramente desconhecido do senhor Cairns. O tratado sobre *Wirtschaft und Gesellschaft* é um volume in-quarto em letra pequena que, num livro de tamanho vulgar, se estenderia por mais de duas mil páginas, metade das quais são dedicadas precisamente à execução do projecto que agora é sugerido pelo senhor Cairns. Nós confrontamo-nos com a curiosidade de um tratado tentando desenvolver a partir do nada, com trabalho considerável, uma posição teórica que foi desenvolvida com grande precisão há várias décadas em todos os seus pormenores, e acrescentada com mais de mil páginas de rica aplicação material. Seria altamente injusto, todavia, presumir que o senhor Cairns não conhece nada acerca de Max Weber; pelo contrário, ele cita uma das suas obras. Max Weber é, outrossim, conhecido por todo o versado no campo como um gigante altaneiro na ciência social da última geração; a sua obra está disponível em toda a boa biblioteca; e os seus conceitos fundamentais foram submetidos a uma análise perspicaz pelo Professor Talcott Parsons na sua *Estrutura da acção social*. A atitude do senhor Cairns é enigmática e não pode ser explicada, talvez, por ninguém a não ser ele mesmo. De qualquer maneira, o leitor que esteja interessado nas sugestões do senhor Cairns é remetido para a obra de Max Weber como o tratado padrão sobre a "ciência jurídica" que, segundo o senhor Cairns, não existe.

Alguns leitores podem considerar o caso encerrado uma vez que este ponto se tenha tornado claro. Mas, de novo, a conclusão seria precipitada. As presunções feitas pelo autor com respeito ao estado da ciência jurídica são incorrectas. A ciência jurídica, neste sentido do termo, existe convincentemente (e não só na obra de Max Weber, posso acrescentar) e os seus problemas teóricos estão elaborados muito para além de qualquer ponto atingido pelo autor. Nós temos de descontar estes factos ao tratar do livro sob crítica. Porquanto o senhor Cairns é uma personalidade filosófica por direito próprio, e o que uma mente filosófica original da sua qualidade tem a dizer merece atenção sem consideração pela situação já descrita. A ciência

social ainda tem de operar sob limitações; e as diligências do autor, nos seus sucessos e fracassos, oferecem discernimentos esclarecedores da situação teórica do nosso tempo. Se, na seguinte avaliação crítica das posições do autor, as deficiências parecem pesar mais do que as realizações, o leitor não deve ser induzido a menosprezar a contribuição do senhor Cairns. Ver inteiramente os problemas e estar interessado neles é o passo mais importante no seu tratamento.

II

A primeira questão que tem de ser esclarecida diz respeito ao modelo de ciência subjacente à análise teórica. A questão é de particular importância no contexto do livro porque, supostamente, a ciência jurídica não existe e a criação do seu modelo é o prelúdio para a sua elaboração material futura. Com respeito a este problema, o senhor Cairns parece submeter-se num grau considerável à "superstição da ciência", isto é, à crença de que as ciências naturais oferecem o modelo para as ciências sociais. As ciências naturais são as ciências "mais bem sucedidas" e nós devíamos fazer o nosso melhor para alcançar uma prosperidade semelhante (página 11). Os ideais específicos erguidos na procura do sucesso são: 1) a generalidade das leis (página 7); 2) a previsibilidade de eventos na base de leis gerais (página 10); e 3) a exactidão (página 139).

Tomemos o último ponto em primeiro lugar. O autor não define *exactidão*, mas, do contexto, parece que ele opõe as ciências "mais exactas" aos estudos "menos rigorosos" (página 139). Este par de termos pode ser considerado de valor duvidoso. Se "exactidão" tem de todo algum significado, se aplicada à física como a ciência modelo, ela apenas quer dizer que as leis da física são formuladas matematicamente. O uso, todavia, do aparato formal das matemáticas no exprimir de proposições em qualquer ciência é um assunto, não de escolha, mas de possibilidade ontológica. Nós operamos com símbolos matemáticos na formulação de proposições acerca de relações tempo-espaço-massa porque nós *podemos* aplicá-los a relações neste domínio do ser. Nós não aplicamos símbolos matemáticos à "anatomia das revoluções" ou à "rotineirização do carisma" porque a estrutura do assunto não permite a sua aplicação. A tentativa de aplicar métodos matemáticos a fenómenos da classe já mencionada não tornaria exactas as proposições, mas resultaria num absurdo. Logo que nós compreendemos que a "inexactidão" das ciências sociais quer dizer simplesmente que a estrutura específica do assunto requer outros métodos que não os matemáticos, a ideia de imitar o vulgo perderá o seu atractivo; nós compreenderemos que a "ciência jurídica" tem os seus próprios padrões de precisão, embora a sua complexidade infinitamente mais elevada torne muito mais difícil mantê-los ou chegar a uma opinião quanto a saber se, no caso individual, eles foram ou não cumpridos.

O segundo ideal de ciência, a formulação de regras gerais, é algo obscuro. O senhor Cairns expressa-o como se segue: o objecto da ciência jurídica deve ser "determinar se a realidade complexa dos fenómenos aos quais ela diz respeito exibe elementos de recorrência ordeira que possam ser formulados em termos de generalizações ou leis específicas" (página 13). Ele opõe este ideal ao estado insatisfatório de uma "mera acumulação de factos" (página 13). À luz do terceiro ideal, o da previsibilidade das consequências das acções sociais (página 10), a passagem citada parece querer significar que as regras gerais são regras que declaram que sempre que o fenómeno social A ocorra, será regularmente seguido no tempo pelo fenómeno social B. Mas as intenções do autor não são totalmente claras neste ponto. Noutras ocasiões, ele fala de leis gerais "que unem um número determinado de factos particulares" (página 7) ou de "relações invariáveis entre os factos" (página 10), sem qualquer referência a uma sequência temporal; estas fórmulas podem-se aplicar também a configurações estruturais típicas. A obscuridade das fórmulas não pode ser mitigada por referência a exemplos específicos de leis porque o

autor, levando muito a sério a sua presunção de que a ciência jurídica não existe, não dá nenhum. Como o autor nos deixa andar às apalpadelas no escuro, ele não objectará, espero eu, se basearmos os nossos comentários numa mera impressão: nós temos a sensação que o seu modelo predominante de generalidade é a recorrência de sequências temporais de fenómenos sociais.

Este postulado de regras gerais, se nós o entendemos correctamente, envolve obviamente questões sérias. Ele é formulado em imitação da estrutura das "ciências naturais" (página 7 e seguinte); o problema surge, por conseguinte, se a matéria da ordem social tem a mesma estrutura como a matéria da natureza inorgânica. O problema é desconsiderado pelo senhor Cairns através do seu emprego frequente do termo *mundo externo*, tanto para a natureza como para a sociedade; mas este emprego envolve uma *petitio principii*: o ponto em questão é precisamente se há um mundo externo com uma estrutura uniforme de matéria. O próprio autor tem os seus escrúpulos acerca da omnipresença de regras gerais, mas ele mitiga-os com a frase: "O ideal permanece justificado na ausência de uma demonstração — que está ainda por apresentar — que a sua realização é impossível" (página 8). Este é um truque hábil para empurrar o ónus da prova para o oponente, mas ele não é convincente. O autor, que cita tão amplamente a literatura metodológica, deveria saber que uma proposição negativa acerca de factos não pode ser provada segundo as leis da verificabilidade que ele mesmo demonstra tão habilmente no seu livro (página 70). Se ele está à espera de uma demonstração da impossibilidade de regras gerais na ciência jurídica, terá de esperar muito tempo porque ela não pode ser feita.

O problema da estrutura da ciência social situa-se alhures. O senhor Cairns declara correctamente que o ideal de ciência "determina em grande medida a matéria a seleccionar para investigação, os métodos a adoptar, mesmo os factos que serão escolhidos para estudo" (página 8). Em resumo, a questão da relevância e do princípio de selecção é a questão crucial

relativamente à estrutura da ciência social. Sobre a questão da relevância, o livro, todavia, cala-se, excepto pela sua enumeração de tópicos que foi previamente noticiada; e ele cala-se pela boa razão de que o senhor Cairns não tem uma filosofia patente do homem e do seu lugar na sociedade, e no mundo em geral, que lhe pudesse dizer o que é relevante no mundo do homem e da sociedade. Todo o ramo de conhecimento que seja conhecido sob o nome de antropologia filosófica é, para o autor, inexistente. A não ser que nós tenhamos uma ideia de homem, não temos um quadro referencial para a designação dos fenómenos humanos como relevantes ou irrelevantes. O homem está comprometido fisicamente, biologicamente, psicologicamente, intelectualmente e espiritualmente na criação da ordem social. Alguns destes compromissos oferecerão a oportunidade para a formulação de regras razoavelmente gerais: por exemplo, uma ordem societal baseada em ideais monásticos e no postulado do celibato extinguir-se-á dentro de uma geração, a não ser que ela possa recrutar por si mesma a partir de uma sociedade circundante; ou, nenhuma sociedade é estável se a classe dirigente não for a classe mais rica, através da propriedade pessoal ou através da possibilidade institucionalizada de disposição sobre a riqueza do país; ou, um movimento sob chefia carismática tornar-se-á institucionalizado ou desintegrar-se-á rapidamente. Outras proposições aplicar-se-ão apenas a certas áreas culturais, como, por exemplo, o Calvinismo é um factor contribuinte para a formação de hábitos racionais de trabalho. E algumas proposições dificilmente podem, de todo, ser chamadas gerais porque há apenas um caso incluído, como, por exemplo, a ideia da igualdade dos homens no mundo ocidental é conformada parcialmente pela Cristandade.

Confrontados com o facto da ciência social tal como ele surge a partir destes exemplos escassos, parece algo fútil estipular a lei de que a ciência jurídica deve ser um corpo de regras de um certo tipo. A nossa primeira preocupação é com a relevância da matéria: se os fenómenos sociais nos parecem ser relevantes, eles tornar-se-ão o objecto de investigação

científica, e nós tentaremos formar tipos ideais de estruturas, factores, sequências temporais, *et cætera*, conforme a necessidade surja, sem que nos incomodemos muito com o seu grau de generalidade. A cidade, por exemplo, como uma forma de vida social ordenada, pode-nos parecer relevante; e, então, nós começaremos a construir os tipos das cidades helénicas, orientais, mesopotâmicas, medievais e ocidentais modernas, e não seremos dissuadidos de um tal empreendimento porque o "tipo ideal" da cidade medieval não é uma "regra geral" e não tem possibilidade de nos conduzir a regras gerais ulteriores (página 111). Naturalmente, o senhor Cairns poderá objectar que ele não está interessado em proposições científicas que não conduzam, ao menos, a regras gerais. Confrontados com este argumento, nós teríamos de desistir: ninguém é obrigado a interessar-se por uma qualquer ciência particular ou, de todo, por ciência. Se o autor não estiver interessado na ciência social tal como ela existe, isso será o seu assunto privado; ele não terá certamente autoridade para declarar os resultados um tanto impressionantes da ciência social como inexistentes ou não-científicos, porque e na medida em que eles não correspondem à sua ideia de generalidade. Uma proposição pode ser ilegítima num sistema de ciência social por uma de duas razões: 1) porque ela é inverificável; ou, 2) porque ela é irrelevante no sistema de referência que é determinado pela antropologia filosófica; a questão da generalidade não tem relação com a legitimidade do seu estatuto.

III

As últimas frases parecem marcar um limite de discussão teórica — mas o leitor terá notado o condicional. Não há desacordo entre o senhor Cairns e outros cientistas sociais sobre o ponto que as proposições têm de ser verificáveis e que as construções-tipo têm de se ajustar aos factos. O ponto de desacordo potencial surge na teoria da relevância. Obviamente,

nem todos nós temos a mesma ideia de homem; e os nossos princípios de selecção do assunto relevante podem diferir largamente. Os grandes sistemas de pensamento social têm regras diferentes de relevância porque eles têm antropologias diferentes. A antropologia de Aristóteles não é a de Platão, a maquiavélica não é a tomista, a de Bodin não é a de Hobbes, e etc.; e os sistemas destes pensadores estão reciprocamente em desacordo menos por causa do desacordo acerca de factos do que por causa do desacordo acerca de princípios antropológicos. Se é esta a situação teórica, teremos nós de aceitar a consequência de que nunca haverá uma ciência social em progresso firme para a perfeição sempre maior do sistema, semelhante às ciências naturais? Estará a ciência social à mercê de qualquer posição individual quanto às questões metafísicas acerca da natureza do homem? A resposta é um sim enfático.

Reduzamos um tanto o primeiro choque pela garantia de que a situação não está em perigo de degenerar em subjectivismo caótico; acima de tudo, o peso das instituições sociais que nos rodeiam é um corrector de aberrações, na medida em que a ideia de homem nelas incorporada influenciará a amplitude do desacordo socialmente possível. Os erros de antropologia filosófica dentro deste quadro estabelecido estão, outrossim, permanentemente sob discussão correctora. Quem quer que hoje construa uma ciência da ordem social com a presunção de que a criação e o conteúdo da ordem social não são influenciados pela consciência religiosa do homem e pelas suas ideias religiosas, ou com a presunção de que os problemas económicos não são um factor na ordem política, ou que certos elementos da natureza humana que são estudados pela psicologia de massas podem ser negligenciados, não encontrará muita admiração pela sua realização subjectiva; dir-lhe-ão, delicada mas firmemente, para se familiarizar com os factos da vida antes de começar a falar acerca dos problemas da ordem social. Através de todo o desacordo entre filósofos, há uma convergência em direcção a padrões que torna impossível reivindicar a construção bem sucedida de um sistema, a não ser que a antropologia que lhe

subjaz dê a importância devida aos vários elementos da natureza humana.

Embora exista uma certa reserva de conhecimento acerca do homem, que um letrado no campo da ciência social não está livre para desatender inteiramente sem se expor a si mesmo à censura de incompetência, não há esperança de melhoramento firme por meio de esforços concertados. Porquanto a ideia de homem não é um dado do mundo externo, mas uma criação do espírito humano sofrendo mudanças históricas, e tem de ser recriada por cada geração e por cada pessoa singular. Mencionar a época mais decisiva da ideia: o aparecimento de Cristo acrescentou à ideia de homem a dimensão da singularidade espiritual de cada ser humano, de maneira que nós já não podemos erigir uma ciência da ordem social, por exemplo, sobre as antropologias de Platão ou Aristóteles. Do mesmo modo, no interior do mundo ocidental cristão, a ideia de homem não é estática mas muda constantemente; ela adquiriu, por exemplo, através e desde a Renascença, a dimensão da singularidade histórica. As determinantes principais das várias ideias encontram-se nas atitudes religiosas fundamentais dos pensadores que as criaram e transformaram. As ciências físicas e sociais diferem, por conseguinte, profundamente nas suas epistemologias. O domínio da matéria é, num sentido, estático, e o progresso que nós podemos fazer nas suas explorações é o progresso na dissecação de um cadáver que se mantém imóvel; o domínio do homem e da sociedade está relativamente muito mais vivo, e o grau de compreensão será determinado pela amplitude da ideia de homem que está à disposição de um letrado, através da tradição circundante e através da extensão da sua personalidade. Consequentemente, nós temos de ser extremamente cautelosos ao atribuir as deficiências de um esforço nas ciências sociais à simples falta de conhecimento (que, naturalmente, também ocorre muito frequentemente); se há alguma dúvida, nós devemos antes atribuir as selecções e omissões à atitude fundamental do letrado quanto à ideia de homem.

Depois desta digressão, nós podemos agora regressar às preferências do senhor Cairns. A sua ideia de regras gerais não é apenas uma fantasia privada, e a discussão não está no fim. Nós temos de lidar agora com as ideias de homem e sociedade subentendidas na monografia do autor. Nós temos de caminhar muito cuidadosamente na sua análise, porque a discussão não pode ser franca. O senhor Cairns não desenvolve explicitamente uma ideia de homem e nós temos de inferir a sua ideia a partir das implicações das suas declarações. O passo mais importante na sua compreensão é dado através do próprio reconhecimento do facto de que ela apenas está subentendida. A natureza do homem não se torna explicitamente problemática, porque o autor não se coloca no domínio de experiências que determinam a singularidade religiosa e histórica da pessoa. O senhor Cairns sabe que há um problema de relevância, mas ele não vê que as relevâncias mudam com a ideia de homem e que esta ideia tem as suas raízes na esfera da personalidade auto-reflexiva, na qual as atitudes do homem para com o mundo se constituem. Ele presume que há apenas um sistema legítimo de relevâncias e que o problema, por conseguinte, não necessita de ser discutido. E pode ter esta presunção porque o homem é, para ele, uma parte do mundo externo, juntamente com outros fenómenos naturais, visto do exterior. Secções inteiras da pessoa humana que têm funções decisivas na constituição da ordem social não entram, por conseguinte, no seu campo de observação. Neste ponto, torna-se difícil decidir se alguma das declarações surpreendentes do senhor Cairns deveria ser desculpada como sendo a expressão da sua ideia peculiar de homem, ou se uma abordagem mais crítica seria justificada. Eu selecciono uma passagem característica da sua atitude quanto aos fenómenos religiosos. Por exemplo, nós encontramos a frase: "Na tradição da Cristandade, um conhecimento da verdade era um elemento necessário na salvação, mas o conhecimento que não fosse religioso era herético" (página 131). A frase é sustentada, numa nota de rodapé, pela autoridade de Gibbon. Eu posso sugerir que o autor leia o *Proœmium* da *Summa Contra Gentiles* de São Tomás de

Aquino sobre o problema da *duplex veritas*; ele ficará surpreendido. E eu posso observar, além disso, que a ideia de citar Gibbon como uma autoridade neste problema é algo barroca. O leitor também fará bem em notar o pretérito em que o autor fala de Cristandade. O domínio da experiência cristã perdeu praticamente a sua função de determinar a selecção relevante de matérias; e nós veremos que ele não é o único domínio que desapareceu.

O homem é, assim, reduzido pelo autor ao nível de um objecto no mundo externo; o homem pode ser inventivo, mas ele não é o centro espiritualmente criativo da sociedade e da história; o homem perdeu a sua singularidade e tornou-se uma unidade fungível. A estrutura da sociedade é assimilada à da matéria. A ciência de uma ordem social constituída por pessoas apenas pode produzir regras gerais relativamente a fenómenos que são determinados pela estrutura biológica fungível do homem, ou por outros elementos estruturais na periferia do núcleo espiritual da pessoa; o homem tem de ser reduzido às estruturas fungíveis a fim de tornar possível uma ciência de regras gerais. Um sistema de relevâncias deste tipo satisfará também os desejos pragmáticos do autor. O senhor Cairns dirige críticas severas às teorias jurídicas contemporâneas, como nós vimos, porque elas se ocupam com uma tecnologia do direito. Mas ele não condena a tecnologia como tal. Ele sente apenas que a investigação desinteressada resultará num sistema de regras que pode ser aplicado, com mais êxito, à solução de problemas sociais, do que as receitas insuficientes de letrados que restringem demasiado estreitamente a sua atenção aos problemas práticos imediatos. Uma ciência social "visa prevenir-nos antecipadamente dos perigos que acompanham os nossos vários programas; dizer-nos qual é o rumo racional e qual é o irracional" (página 10). O interesse directivo ou técnico predomina claramente, presumindo brandamente que todos nós sabemos o que queremos, que todos nós queremos o mesmo, e que o problema da ordem social *não* está precisamente no facto de que as nossas ideias de ordem diferem em correspondência com as nossas ideias de homem.

O senhor Cairns não negligencia inteiramente o problema. Ele está ciente de que as pessoas diferem nas suas opiniões acerca dos valores e que o sistema mais perfeito de regras gerais tecnologicamente utilizáveis não nos dirá o que fazer. A sua atitude técnica fá-lo sugerir uma solução curiosa para o problema: se nós podemos postular uma ciência de regras gerais que não existe, porque não postular uma ciência de regras éticas que não existe? De acordo com o autor, nós não temos conhecimento completo dos fenómenos jurídicos, a não ser que possuamos regras de avaliação além das regras descritivas de conduta. Uma tal ciência de valores "pertence totalmente ao futuro" (página 144), mas o autor não duvida que nós a realizaremos em devido tempo. Se nós apenas tomarmos problemas específicos um por um, as soluções específicas "encaixar-se-ão por sua própria iniciativa num sistema" (página 145). O método antigo, o medieval, de ordenar os nossos problemas ao referi-los a uma atitude fundamental da pessoa para com a vida e o mundo como um todo, é quebrado pela Renascença (página 145). Quaisquer dúvidas acerca do novo método de estudar problemas específicos não-relacionados "foram dissipadas pela Revolução Industrial e pelos triunfos do princípio da Divisão do Trabalho" (página 146). Embora este argumento pareça ter um efeito narcótico sobre o senhor Cairns e o faça ver o futuro em tons cor-de-rosa, ele tem o efeito oposto sobre o leitor. Porquanto o leitor pode-se recordar de ter ouvido que um engenho automóvel é certamente um triunfo da Divisão do Trabalho (escrita com maiúsculas como é próprio da divindade), mas que as partes específicas do engenho não se encaixam nos seus lugares por magia, mas porque elas foram feitas de acordo com as especificações do inventor do produto final. E ele pode ficar ligeiramente perturbado com o pensamento de que a divisão do trabalho sem projecto resultou, às vezes, em dissabores. Se, por exemplo, nós deixarmos toda a gente usar as suas capacidades até ao seu máximo e confiarmos que, a partir da divisão do trabalho, surgirá de algum modo uma ordem satisfatória da humanidade, nós podemos descobrir, para nossa

consternação, que as partes específicas não encaixam de modo nenhum nos seus lugares numa ordem regular corrente, mas que elas chocam na horrível desordem de uma Guerra Mundial (escrita com maiúsculas para igualar a divindade da Divisão do Trabalho). Eu espero não ter de elaborar mais o ponto a fim de tornar claro que o nihilismo espiritual do senhor Cairns está prenhe de perigos.

Se o nihilismo do senhor Cairns fosse simplesmente um caso de interpretação mecanicista do homem à moda do século XVIII, nós não necessitaríamos de nos incomodarmos com o seu livro. Mas ele é um nihilismo espiritual distintamente moderno, reflectindo as experiências de uma mente filosófica. O homem do senhor Cairns é irreligioso, é an-histórico e, tenho a impressão, pode mesmo ser apolítico no sentido de que ele não tem vontade de estabelecer uma relação de autoridade entre ele mesmo e outros homens. Mas ele tem uma consciência ética muito clara (embora o senhor Cairns não divulgue o conteúdo do seu código ético) e revela um desejo optimista activo de melhorar e estabilizar as condições sociais pelo controlo social "racional". Ele é socialmente benevolente, mas não é um déspota benevolente; ele é um democrata benevolente que sonha com um admirável mundo novo huxleyano menos a diferenciação dos homens em alfas, betas e gamas.

A intensidade destes sentimentos permitiu ao senhor Cairns formular o tópico central de uma ciência da ordem social; e a sua formulação ergue-se como a de um importante princípio teórico, apesar da contorsão curiosa que ela recebe no contexto técnico. Nós mencionámos anteriormente a definição de "ciência jurídica" como a ciência da conduta humana que reage contra a desordem. "A ordem que existe na sociedade humana em qualquer tempo dado é, predominantemente, uma ordem realizada, uma invenção no centro da qual está o homem; ela não é a ordem do universo físico, o qual, na teoria física, é o produto da operação cega da natureza". O teórico social não pode tomar como certa "uma ordem social derradeira, a qual é seu dever descobrir. Ele deve presumir uma desordem derradeira, a qual,

através da actividade do espírito inventivo do homem e de outros factores, foi mudada em ordem" (página 54). "A ordem na vida social é forjada a partir da desordem" (página 53) por meio da "imaginação criativa" (página 60).

Aqui, por fim, nós caminhamos em terreno clássico. Pela experiência da desordem social, a mente humana é provocada para criar ordem por um acto de imaginação, de acordo com a sua ideia ordenadora de homem. A desordem da *polis* ateniense provocou Sócrates para estimular a imaginação dos seus concidadãos na direcção da ordem verdadeira. Ele morreu pela sua tentativa, e Platão criou, sob a impressão desta tragédia, a grande ordem da *República*, esperando prender a imaginação do povo ou, ao menos, de um governante que a imporia ao povo desordenado. A sua esperança de criar ordem na Hélade falhou, mas a *República* ergue-se como o primeiro sistema teórico da ordem social no mundo ocidental. Aqui, nós podemos testemunhar a origem da ciência social na imaginação criativa do filósofo que deseja superar a desordem. A vontade de superar a desordem permaneceu a força condutora dos grandes sistemas, do cristão de Santo Agostinho e São Tomás, e dos sistemas posteriores originados na esfera do Estado nacional, até que, com Giambattista Vico, as forças imaginativas criadoras tornam-se elas mesmas tópicas e são assim, até hoje, no grande corpo de ciência interessado na teoria dos mitos sociais e políticos.

Onde se situa o senhor Cairns em relação aos seus predecessores? Relativamente a esta questão o leitor conhecerá uma grande surpresa, pois na página 53 ele pode ler que "esta abordagem foi desenvolvida pela primeira vez" no ano de Nosso Senhor de 1932 num artigo na revista *Political Science Quarterly* (17).

(17) Ora, ora! Isto não deveria lançar, todavia, uma repreensão sobre o artigo, o qual é bastante bom.

Esta não é uma observação ocasional mas a opinião considerada do autor. Ele acredita que "na base do pensamento social hodierno está a visão holbachiana de que o homem é uma obra da natureza; ele existe na natureza; ele submete-se às suas leis; ele não se pode resgatar a si mesmo delas. Três séculos de fracasso dever-nos-iam ensinar a olhar em direcções novas" (página 52). Na "direcção nova" nós reconhecemos o facto de que a ordem se forja a partir da desordem (página 53). A Cristandade não é o único domínio da experiência que desapareceu; a Hélade está de fora, também, e a teoria da origem da ordem no mito criativo é posta de lado desde Vico. Nenhum leitor pode ser acusado se ele se separar do autor e olhar "em direcções novas". Mas o fenómeno é demasiado esmagador e demasiado fascinante para ser afrontado por tal acção. Houve sempre homens cujas mentes tinham a inclinação peculiar a que nós podemos chamar, pelo seu exemplo mais famoso, cartesiana. O mundo tinha de ser liquidado, e apenas quando a *tabula* era *rasa* eles podiam efectuar um novo começo de teorização. A grandeza da *Crítica da razão pura* está na sua abertura como um monólogo fiando uma linha de pensamento, saída da mente do filósofo, sem consideração por nada que a tenha precedido. O estilo tem os seus méritos em filosofia, particularmente nos séculos XVII e XVIII, quando o ego pensante surgiu como o resíduo do naufrágio da civilização medieval e a nova dimensão da história ainda não tinha sido plenamente adquirida. Mas o senhor Cairns não é nem um Descartes nem um Kant, mas um teórico da "ciência jurídica" com vista a uma ordem social controlada, e nós já não vivemos no século XVIII. A atitude de *tabula rasa* está lá, mas ela não serve para abrir um caminho para a acção especulativa da *res cogitans*; ela deixa-nos, antes, face a face com um futuro desconhecido pois, como nós vimos, o senhor Cairns não substitui o passado pelo seu próprio presente, mas projecta a sua ideia de ciência num futuro distante.

As implicações desta nova atitude, a qual tem estado em formação desde meados do século XIX, podem-se tornar mais

claras através da reflexão sobre uma frase de um discurso de Mussolini aos seus Camisas Negras: "O passado está atrás de nós, o futuro está à nossa frente, nós estamos no meio do presente". Alguns podem considerar esta frase um floreado oratório, mas estariam enganados. De modo algum estão o passado atrás de nós e o futuro à nossa frente; isso acontece apenas quando nós vivemos as dores de parto de uma crise violenta. Normalmente o passado e o futuro estão presentes; nós não estamos entre eles, mas movemo-nos no fluxo contínuo da história. O passado penetra o nosso presente como a herança civilizacional que nos formou e que nós temos de absorver nas nossas vidas como a pré-condição para a formação do futuro, não num tempo distante à nossa frente, mas no presente da nossa vida e da nossa obra diárias. O senhor Cairns ergue-se numa colina, estendendo-se atrás e à frente dele um deserto de não-existência; o passado e o futuro retrocederam do seu presente para blocos sólidos de "não-existência", a categoria que ele usa mais frequentemente. E restará algum presente, se passado e futuro recuaram? Pois o que é o presente humano senão a absorção criativa do passado com o propósito de transformá-lo em futuro?

A questão é pertinente para a teoria do senhor Cairns. Pois "na ordenação das relações humanas, como noutras esferas, a imaginação criativa é um factor necessário" (página 60). O princípio é válido, penso eu, e a sua elaboração teria dado ensejo para desenvolver, na forma de um sistema, uma profusão de matérias e interpretações que nós possuímos, desde a teoria de Platão da origem da ordem nas forças míticas da alma à *idée directrice* de Maurice Hauriou como o núcleo das instituições governamentais e à teoria de W. Y. Elliot dos mitos pessoais e institucionais, *et cætera*. Mas, de novo, todo este ramo de conhecimento cai sob o machado; ele não existe. O tópico das forças criativas é substituído por um capítulo chamado "O processo inventivo". A escolha do vocabulário é característica; o termo *imaginação criativa*, o qual correntemente indica o problema, é apenas usado ocasionalmente e o argumento

principal trata da "invenção". "A ordem que nós observamos na sociedade é uma invenção do homem" (página 53). A terminologia da invenção desvia para longe o problema das forças criativas da alma e dirige-o para a acção racional intencional. Que "os produtos da vida social, os quais podem ser convenientemente somados sob a etiqueta 'cultura', são invenções" (página 53) não é teoria nova. Crítias e Cálicles expuseram-na no auge da ilustração grega quando as forças míticas de Atenas estavam moribundas e a cidade estava madura para o fim. O mito perdera-se, os seus problemas dissolveram-se na psicologia do processo inventivo e na psicologia dos motivos subjacentes a invenções culturais específicas. A tentativa heróica de Platão de criar um mito novo tinha de falhar neste ambiente.

O senhor Cairns segue o mesmo caminho. Ele dedica, de facto, uma secção à psicologia da "ideia feliz" e cita Helmholtz com a finalidade de dizer que as suas ideias surgem mais prontamente "durante a lenta ascensão de colinas arborizadas num dia de sol" (página 58). Algumas pessoas têm as suas melhores ideias quando estão bêbedas, e outras atingem o seu ânimo mais produtivo em circunstâncias ainda menos convencionais. É um campo fascinante — mas eu pergunto-me se tais estórias nos ajudarão a compreender a Declaração de Independência como o mito básico da ordem da República americana. O próprio senhor Cairns não acredita nela; e o capítulo sobre invenção termina com o discernimento inevitável de que ela não nos levou a lado algum (página 68). Uma grande oportunidade, a oportunidade de delinear, ao menos, o problema da origem da ordem social nos poderes criativos da pessoa, é desperdiçada.

IV

O livro do senhor Cairns está cheio de problemas em que nós não fomos capazes de tocar nesta recensão. O leitor é remetido particularmente para as análises de hipótese e verificação, de mudança, actividade, relação, causalidade, equilíbrio,

e da relação entre ordens. Estas secções estão, todavia, subordinadas ao propósito primordial de desenvolver o "modelo" da ciência futura. Nós esperamos ter exibido a tendência principal das ideias e atitudes e podemos agora sumariar o resultado.

Nós começámos com os aspectos "desconcertantes" do livro, com o grito exortatório por uma ciência da ordem social que não existe e com a rejeição, como inexistente, do corpo de ciência que, de facto, existe. Então, nós tentámos traçar estas peculiaridades até às suas raízes na atitude metafísica do autor. Nós tivemos o cuidado de não lidar com as suas selecções e omissões ao nível de uma discussão crítica, a qual obviamente teria sido impossível face à atribuição, pelo autor, do estatuto de inexistência ao mundo circundante da ciência social (do qual o presente escritor é uma parte humilíssima). As únicas ocasiões para observações críticas apresentaram-se, por conseguinte, nos exemplos em que o autor foi para além dos seus veredictos de inexistência e fez declarações factualmente incorrectas acerca do assunto próximo, como no caso das suas observações acerca da relação da filosofia cristã com os problemas de conhecimento e verdade. Ademais, nós preferimos interpretar os julgamentos do autor à luz do seu sistema de relevâncias. A sua atitude metafísica ao determinar as relevâncias pode ser resumida como se segue:

A espiritualidade cristã, bem como a singularidade histórica da pessoa, é aniquilada. Como nenhum outro mito da ordem é dado como uma herança envolvente inquestionada, o homem ergue-se num deserto de não-existência sem um passado; e, como o centro criativo está perdido, ele não transporta nenhuma ordem dentro de si mesmo, mas tem de tropeçar cegamente no futuro. Na ansiedade da sua desordem, este homem projecta o seu desejo de ordem no futuro, esperando que, por algum milagre, as peças desconexas do quebra-cabeças caiam no seu lugar e o brindem com a ordem que ele mesmo não pode criar. A necessidade de abrigo sob uma ordem e a inaptidão para criá-la encontram a sua expressão típica ao buscar refúgio na ordem da ciência natural, a única ordem que sobrou na nossa

civilização, uma vez destruídas as ordens espirituais. O método da ciência natural resgatará, por alguma magia negra, a ordem desaparecida na forma de regras gerais que possam ser usadas na administração de um programa ético que também surgirá, por alguma magia, a partir de uma ciência de valores montada através da Divisão de Trabalho infalível não-planeada. E para que serve toda essa ordem, uma vez obtida por nós? Ninguém sabe. Ela é uma ordem sem significado, uma ordem a qualquer preço nascida a partir das ansiedades de um homem perdido.

Esta imagem do homem e da sua ordem é assustadora. Se os homens que, por carácter, intelecto e educação, devem ser os pilares da continuidade na nossa civilização, que devem ser os modelos de lealdade ao nosso passado a fim de terem um controlo firme do futuro que deve ser modelado pelas suas mãos — se estes homens varrerem para longe o passado e "marcharem para o futuro", o que deveremos esperar do povo comum? O livro do senhor Cairns pode não ser o tratado científico ideal, mas ele é certamente um documento pessoal comovente, e é um sintoma espantoso da desordem em que nós vivemos.

ÍNDICE SISTEMÁTICO